Archiv für bürgerliches Recht

Josef Kohler, Viktor Ring, Paul Ernst Wilhelm ...

Jr Oct. 1899.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Jan. - June 1899.

Digitized by Google

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Landgerichtsrath in Berlin.

Dr. P. Oertmann,
Professor an der Universität Berlin.

Fünfzehnter Band.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1899.

Digitized by Google

Rec. Jan - June 1899.

Verlags-Archiv 3028

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

Seite

1. Die Resolutivbedingung. Von Dr. Arthur Kohler in Berlin . 1
2. Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen nach B.G.B. § 396. Ein Beitrag zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Professor Wilhelm von Seeler in Kiew 104
3. Die Güterpflege auf Grund der Vermögensbeschlagnahme nach dem geltenden und dem künftigen Reichsrechte. Von Landgerichtsrath Dr. W. Silberschmidt in Aschaffenburg 114
4. Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung (Anrechnungsbestimmung) im preuß. Allg. Landrecht und Bürgerlichen Gesetzbuch und die compensatio compensationis. Von Dr. James Goldschmidt in Berlin 153
5. Der Artikel 171 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Von Amtsrichter und Professor Dr. Schumacher in Köln . . . 258
6. Erläuterungen zu den Besitzklagen des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus dem Preußischen Recht und der Preußischen Rechtsprechung. Von Dr. Eugen Josef, Notar a. D. in Freiburg im Breisgau . 265
7. Welche Stellung ist in dem zu erwartenden Versicherungsgesetze den Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit zu gewähren? Von Professor Dr. Weyl in Kiel 293
8. Einiges über das Namensrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Von Gerichtsassessor Götte in Nordhausen 320
9. Der Bote (nuntius). Eine Studie im Bürgerlichen Gesetzbuche. Von Dr. jur. Ernst Fleck in Hannover 337
10. Civilistische Rundschau. Von Paul Oertmann 415

Berichtigung 292

Verweisungen auf Reichsgesetze 477
Alphabetisches Sachregister 481
Verzeichniß der besprochenen Litteratur 484

Digitized by Google

1.

Die Resolutivbedingung.

Von **Dr. Arthur Kohler** in Berlin.

Einleitung.

I. Wesen der Bedingung.

§ 1.

Das deutsche Wort 'Bedingung' ist ebenso wie das lateinische 'condicio' vieldeutig.[1]) In diesem Zusammenhang ist jedoch nur von der Bedingung im juristischen Sinne des Wortes die Rede, und hierunter versteht man die einem Rechtsgeschäft willkürlich zugefügte Bestimmung, wodurch dessen Rechtswirkungen von einem zukünftigen ungewissen Ereignisse abhängig gemacht werden.[2])

Was beim bedingten Rechtsgeschäft bedingt sei, war früher eine beliebte Streitfrage; doch ist die vielfach vertretene Annahme, der Wille sei bedingt,[3]) jetzt fast allgemein aufgegeben und die Anschauung, daß die Rechtswirkungen bedingt sind,[4]) herrschend. Ihr ist beizutreten.

[1]) 'condicio' hängt zusammen mit 'condicere', daher auch dies die einzig richtige Schreibart, Pernice, Labeo I S. 473, Windscheid, Pandekten, I § 86**.

[2]) So Dernburg, Pandekten, I S. 249; über die Bedeutung des Wortes 'condicio' in Rom Pernice, Labeo I S. 473, III S. 26ff. Über den Begriff 'Bedingung' ferner Savigny, System III § 116; Fitting im Arch. f. civ. Prax. Bd. 39, S. 309ff.; Bangerow, Pandekten, I § 93 Anm. 1; v. Scheurl, Nebenbestimmungen II, 2, § 19; Adickes, Bedingungen S. 5; Schulin, Resolutivbedingungen S. 1ff.; Enneccerus, Rechtsgeschäft § 18; Regelsberger, Pandekten, I § 151.

[3]) So Fitting a. a. O. S. 337, Windscheid, Voraussetzung S. 2, der aber seine Ansicht später änderte, vergl. Pandekten I § 86[3a], wo auch weitere Litteratur.

[4]) Windscheid I § 86[3a]; Dernburg I § 105; Regelsberger I § 151: 'Rechtsfolge.'

Digitized by Google

II. Unterschied zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingung.

§ 2.

I. Herkömmlicher Weise theilt man die Bedingungen ein in Suspensiv- und Resolutivbedingungen. Während nun aber viele in diesen beiden Begriffen gleichartige Unterabtheilungen des Begriffes Bedingung überhaupt sehen, der im einen Fall das Bestehen, im andern die Fortdauer des Rechtsverhältnisses als unbestimmt erscheinen lasse,[5]) geht eine andere auf die Quellen gegründete und m. E. richtige Ansicht dahin, daß beide völlig ungleichartige Gebilde sind, daß wir nur unter Suspensivbedingungen Bedingungen im eigentlichen Sinne zu verstehen haben, und daß der Ausdruck 'Resolutivbedingung' eine schiefe, lediglich der Kürze wegen gebrauchte Bezeichnung ist.[6])

II. Hiernach ist die Resolutivbedingung gar keine eigentliche Bedingung, sondern eine auf Auflösung des Hauptgeschäftes gerichtete Nebenwillenserklärung, die ihrerseits suspensiv bedingt ist;[7]) nur wenn man die Gesammtwirkung ins Auge faßt, kann von einem resolutiv bedingten Geschäfte die Rede sein.[8]) Diese Ansicht ist denn auch in den Quellen durchaus begründet; 'condicio' heißt stets 'Suspensivbedingung', für 'Resolutivbedingung' werden die Ausdrücke 'conventio', 'pactum' gebraucht oder die Umschreibung: 'emtio, quae sub condicione resolvitur'.[9]) Die Frage, ob Resolutiv- oder Suspensivbedingung vorliegt, wird gestellt: 'videamus, utrum condicio sit an conventio'[9]) oder 'utrum pura emtio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis magis sit emtio'.[10])

---

[5]) So Thibaut, civilist. Abhandlungen S. 359 ff., Bangerow I § 96, Unger, österr. Privatrecht II S. 64: in beiden Fällen ist 'etwas in suspenso, im ersten Fall die Existenz, im zweiten Fall die Nichtexistenz des Rechtsgeschäfts.'

[6]) So Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung, S. 24, Pandekten I § 86; Schulin, Resolutivbedingungen S. 42; Dernburg I § 106; Bechmann, Kauf, II, 1 S. 489; vergl. Endemann, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch, 3. Aufl. S. 326[6].

[7]) Vergl. Dernburg I § 106.

[8]) Dernburg I § 106.

[9]) fr. 2 § 3 pro emtore (41,4).

[10]) fr. 2 pr. de in diem add. (18, 2).

Digitized by Google

III. Große Aehnlichkeit in ihrer Form hat die Resolutivbedingung mit der negativen Suspensivbedingung, insofern bei beiden sich an das 'wenn' eine Negation anschließt; beide werden vielfach in einem Nebensatze mit 'nisi . . .' der Hauptwillenserklärung beigefügt. Windscheid[11]) hat als Kennzeichen der Unterscheidung angegeben, es sei darauf zu achten, ob 'nicht' zu 'wenn' gehört oder zum Prädikat: im ersteren Falle sei eine Resolutiv-, im letzteren eine Suspensivbedingung anzunehmen; doch abgesehen davon, daß schon im Deutschen die Satzbeziehung schwer zu ermitteln ist, wird in den Quellen in beiden Fällen 'nisi' gesagt, nicht etwa in einem 'si non', so daß wir auch hier keinen Anhalt haben. Schulin[12]) meint, ein Unterscheidungsmerkmal sei, daß die Suspensivbedingung in der Regel in einem Nebensatze beigefügt werde, die Resolutivbedingung dagegen in einem zweiten Hauptsatze; sei diese Regel nicht befolgt, so liege entweder ungerechtfertigte Weitschweifigkeit oder ungehörige Kürze vor. Hat diese Bemerkung auch viel Richtiges, so ist doch ihre praktische Bedeutung sicher gering. Nur der Parteiwille kann uns in Zweifelsfällen darüber Aufschluß geben, ob eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung vorliegt. Ein Merkmal, das uns in der Regel richtig leiten wird, bietet uns der Umstand, ob derjenige, der die Bedingung setzt, dem andern die Sache übergiebt oder nicht; im ersteren Fall wird meist eine Resolutiv-, im letzteren eine Suspensivbedingung als gewollt zu vermuthen sein. Denn da es ja psychologisch begründet ist, daß die Beifügung einer Suspensivbedingung bei geringerer, die einer Resolutivbedingung bei größerer Wahrscheinlichkeit[13]) der endgültigen Wirksamkeit des Geschäfts stattfindet, so wird sich im ersteren Fall derjenige, der die Bedingung auferlegt, nur selten dazu herbeilassen, dem andern die Sache anzuvertrauen. Daß diese Unterscheidung in manchen Fällen unzutreffend sein wird, liegt auf der Hand.

III. Wesen der Resolutivbedingung.

§ 3.

I. Ist so das Verhältniß der Resolutiv- zur Suspensivbedingung erörtert, so ist nun noch auf die Resolutivbedingung selbst näher ein-

[11]) Wirkung der erfüllten Bedingung, S. 24[3]; vergl. auch Unger, österr. Privatrecht II S. 65[29].

[12]) Resolutivbedingungen S. 40 f.

[13]) Vergl. auch Bechmann II, 1 S. 487.

Digitized by Google

zugehen.[14]) Daß der Ausdruck 'Resolutivbedingung' nicht passend ist, wurde bereits erwähnt.[15]) Verbindet man aber mit ihm eine richtige Vorstellung, so kann er beibehalten werden, indem er eine feste Umgrenzung erhält.[16]) Will man jedoch jede Nebenwillenserklärung, die ein Hauptgeschäft — sei es auch nur obligatorisch — auflöst, als Resolutivbedingung bezeichnen, dann ist es besser, statt dessen zu sagen 'Resolutivberedung' oder 'auflösender Nebenvertrag'.[17]) Ich möchte daher nur in denjenigen Fällen von einer eigentlichen Resolutivbedingung sprechen, wo die Nebenwillenserklärung dingliche Wirkung hat, und daher diese Resolutivbedingungen echte nennen, andere nur unechte Resolutivbedingungen oder Resolutivberedungen.

Daß Fälle echter Resolutivbedingungen in den Quellen vorkommen, ist zweifellos. Diese sollen im Folgenden gekennzeichnet und erklärt werden. Wenn es nun auch ein vergebliches Bemühen ist, nachzuweisen, solche Fälle kämen in den Quellen überhaupt nicht vor,[18]) so zeigt uns doch ihr Wesen und ihre historische Entstehung, daß sie besondere nationale Gebilde sind und keine entsprechende Ausdehnung zulassen. Es ist daher nicht zu billigen, wenn man aus diesen Fällen geschlossen hat, die Parteien können stets nach ihrem Belieben eine echte Resolutivbedingung verabreden.[19]) Es hängt diese Auffassung noch mit dem alten naturrechtlichen Standpunkte zusammen, als könne

[14]) Die Beweislast bei der Resolutivbedingung bleibt — als prozessuale Frage — im Folgenden außer Betracht; hierzu vergl. die bei Windscheid I § 86 Anm. 4 und 6 citirten, sowie Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis, 2. Aufl. S. 136 f., Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. und 4. Aufl. I. S. 325 Anm. 3.

[15]) Vergl. S. 2.

[16]) Eine solche ist unerläßlich, wenn man den Begriff einigermaßen fassen will. Deswegen bleibt im Folgenden auch die „Erbeseinsetzung unter einer Resolutivbedingung" außer Betracht, die Eisele in Ihering's Jahrb. Bd. 23 S. 132 ff. nachgewiesen hat.

[17]) Bechmann II, 1 S. 487 ff.

[18]) Diese Behauptung stellte in dieser Allgemeinheit zuerst Rießer auf in der Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß II S. 1 ff., 270 ff.; ihm widerlegte völlig überzeugend Vangerow, Pandekten I § 96; doch wurde die Ansicht wieder aufgenommen von Engelmann, Rückfall des Eigenthums S. 15 ff.; ferner Schulin, Resolutivbedingungen S. 37 ff.; Erman in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII S. 204.

[19]) Windscheid I § 903.

Digitized by Google

der Parteiwille alles nach freiem Ermessen gestalten. Auch der Meinung vermag ich nicht beizupflichten, die ja in Wirklichkeit zu demselben Ergebniß gelangt, der Eigenthümer könne seiner Sache eine sog. lex rei suae dicta mit auf den Weg geben, und diese Sache ginge dann belastet mit dieser Beschränkung von einer Hand in die andere;[20]) gegen den Versuch, hiermit die Fälle dinglichen Rückfalls in den Quellen zu erklären, spricht vor allem, daß eine solche Wirkung einer lex rei suae dicta nicht nachweisbar ist,[21]) und daß die Römer in Fällen, wo man zunächst an eine derartige dingliche Eigenthumsbeschränkung denken sollte, stets nur obligatorische Folgen annehmen.

II. Bei der echten Resolutivbedingung ergeben sich folgende Rechtswirkungen:

1. Mit Abschluß des Geschäfts ist dies pure abgeschlossen;

2. der Ausfall der Resolutivbedingung hat die rechtliche Folge, daß an eine Auflösung des Geschäfts jetzt nicht mehr zu denken ist;

3. wichtige Folgen knüpfen sich an den Eintritt der Resolutivbedingung: das Geschäft wird aufgehoben, das Eigenthum fällt ipso iure an denjenigen zurück, der die Bedingung auferlegte.

Lebhaft umstritten ist die Frage, ob dieser Rückfall sich mit rückwirkender Kraft vollzieht. Man verbindet damit vielfach die Vorstellung, eine Auflösung finde in der Art statt, daß nun der Vertrag als gar nicht abgeschlossen gelte;[22]) eine Rückwirkung in diesem Sinne ist jedoch nicht anzunehmen.[23]) Denn die Anschauung, es werde gehalten, als hätte der Geschäftsabschluß gar nicht bestanden, widerspricht

a) dem natürlichen Sachverhalt; wie kann man überhaupt den Thatbestand des Geschäftsabschlusses aus der Welt schaffen?

b) den Quellen; es wird ausdrücklich z. B. bei der lex commissoria die Kontraktsklage auch nach Rescission gegeben;[24]); wie wäre dies denkbar, wenn überhaupt kein Kontrakt vorhanden war?

---

[20]) Ihering in seinen Jahrbüchern X S. 550 ff.; vergl. auch Pernice, Zeitschr. f. Rechtsgesch. V S. 98 f.

[21]) Bechmann, II 1 S. 498.

[22]) Windscheid, erfüllte Bedingung S. 23 ff.; Pandekten I § 91[1] mit erschöpfenden Litteraturnachweisen.

[23]) So auch Adickes, Lehre v. d. Bedingungen S. 107 ff.; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 97 ff.; Ihering in seinen Jahrbüchern X S. 537 ff.; Wendt, bedingtes Rechtsgeschäft S. 100 ff.; Bechmann, II, 1 S. 495. Vergl. unten S. 29.

[24]) fr. 4 pr. de lege comm. (18,3).

Digitized by Google

Dieser Nachweis kann übrigens nur im Einzelnen wissenschaftlich genau geführt werden, da gerade hier unrichtige Verallgemeinerung zu falschen Resultaten Veranlassung gab. Er wird daher unten im speziellen Theil folgen,[25]) wo die verschiedenen Fälle nachweisbarer echter Resolutivbedingung näher zu erörtern sind.

III. Solche Fälle echter Resolutivbedingungen sind:

1) Die Verwirkungsklausel beim Kaufvertrag,
2) die in diem addictio beim Kaufvertrag,
3) der resolutiv bedingte Pfandverkauf,
4) die resolutiv bedingte mortis causa donatio.

[25]) Vergl. namentlich unten in § 10 S. 29 die Erklärung von fr. 19 de usurp. (41,3).

Digitized by Google

Erster Abschnitt.
Entwickelung im Römischen Recht.

I. Allgemeiner Theil.
Historische Entwickelung im Allgemeinen.
A. Theoretische Erörterung.

§ 4.

I. Erst allmählich wurde in Rom die Beifügung von Bedingungen zu Rechtsgeschäften statthaft. Die Bedingungen entsprachen nicht dem starren Wesen des alten Rechts, das nur fest bestimmte und klare Verhältnisse kannte. Zuerst zeigte sich das Bedürfniß bei letztwilligen Verfügungen,[26]) dann gestattete man sie auch bei Geschäften unter Lebenden, wozu die verwickelteren Lebensverhältnisse nöthigten. Daß man noch lange die Zulässigkeit bezweifelte, läßt Gaius III § 146 vermuthen: 'iam enim non dubitatur quin sub condicione res veniri aut locari possint.' Schließlich war die Bedingung nur noch bei ganz bestimmten Rechtsgeschäften ausgeschlossen. Die Stelle, die uns diese sog. actus legitimi berichtet, ist der bekannte Ausspruch Papinians in fr. 77 de reg. iur. (50, 17): 'actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem.' Statt 'emancipationem' steht in der Florentina 'mancipationem'; es liegt daher nahe, zu vermuthen, daß 'emancipationem' eine Interpolation der Kompilatoren ist. Daß im klassischen Recht die mancipatio ein actus legitimus war, ist mit der größten Wahrscheinlichkeit anzunehmen,[27]) dafür spricht einmal das Alter des Instituts und ferner Vat. fr. § 329: 'sub

[26]) Dernburg I S. 251.
[27]) So auch Windscheid I § 95[2].

Digitized by Google

condicione cognitor non recte datur non magis quam mancipatio aut . . .' Das Wort 'mancipationem' haben die Kompilatoren überall als für das Juſtinianiſche Recht bedeutungslos geſtrichen oder mit einem andern vertauſcht. Im klaſſiſchen Recht bedurfte es ja der Erwähnung der emancipatio nicht, da dieſe eine — bei Söhnen dreimalige — mancipatio vorausſetzte und daher bei der nothwendigen Unbedingtheit der mancipatio ſelbſtverſtändlich unbedingt ſein mußte.[28]) Da nun die emancipatio im Juſtinianiſchen Recht die Form der Erklärung vor dem Prätor und durch den Prätor annahm, ſo hatte es guten Sinn, die Unzuläſſigkeit der Bedingungen für die emancipatio beizubehalten und daher ſtatt 'mancipationem' 'emancipationem' zu ſetzen.

Ebenſo wie die mancipatio ließ in klaſſiſcher Zeit die in iure cessio keine Bedingung zu. Dies iſt ſchon daraus zu entnehmen, daß es keine legis actio de futuro gab.[29]) Wahrſcheinlich war ſie urſprünglich in fr. 77 (50, 17) mit aufgezählt. Man beſtritt ſogar die Zuläſſigkeit einer mancipatio oder in iure cessio deducto usufructu.[30]) [31])

II. So ergiebt ſich alſo, daß weder die mancipatio noch die in iure cessio eine Bedingung zuließ, und damit kommen wir zu dem Ergebniß: res mancipi konnten in das quiritariſche Eigenthum eines andern durch Rechtsgeſchäfte unter Lebenden nicht unter einer Bedingung übertragen werden; bei bloßer Tradition aber war der Käufer urſprünglich ſchutzlos (1 Jahr bei Mobilien, 2 Jahre bei Immobilien) der rei vindicatio des Verkäufers preisgegeben und hatte nur einen Anſpruch auf Rückerſtattung des Kaufpreiſes.[32]) Von dieſem Zuſtand

[28]) Vergl. Wendt, bedingtes Rechtsgeſchäft S. 165 f.

[29]) Vat. fr. 49: ex certo tempore legari potest; sed an in iure cedi vel an adiudicari possit, variatur; videamus, ne non possit, quia nulla legis actio prodita est de futuro.

[30]) Vat. fr. 50: in mancipatione vel in iure cessione an deduci possit vel ex tempore vel ad tempus vel ex condicione vel ad condicionem dubium est; — —

[31]) Nach Pernice Labeo III, 1 S. 97 iſt die Aufnahme der Worte 'deducto usufructu' in die Formel des mancipio accipiens nicht erforderlich; man bezog ſich auf Urkunden, leges dictae, die der Mancipation zu Grunde gelegt wurden.

[32]) Bechmann I S. 328.

Digitized by Google

findet ſich noch eine Spur in Vat. fr. 1.[33]) Nach 1 bezw. 2 Jahren war dann ſchon nach Zwölftafelrecht das quiritariſche Eigenthum erſeſſen.[34]) Als nun die formloſe Tradition von res mancipi immer häufiger wurde, und da man ſich ſcheute, das alte geheiligte Recht zu ändern, ſo ſchuf der Prätor für den Käufer ein beſonderes, das boni tariſche Eigenthum, und gab ihm eine beſondere Klage, die Publiciana in rem actio, die gegen alle, nur nicht den Verkäufer, wirkſam war; machte dieſer aber grundlos von ſeiner rei vindicatio Gebrauch, ſo geſtattete der Prätor, ſie mit der exceptio rei venditae et traditae unwirkſam zu machen. Dieſer Zuſtand erhielt ſich bis auf Juſtinian,[35])

[33]) qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit vel falso tutore auctore quem sciit non esse, non videtur bona fide emisse; itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emtore eum possidere, sed pro possessore. Proculus et Celsus pro emtore, quod est verius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Julianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.

[34]) Vergl. hierzu: Gaius II §§ 41, 42: nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset. Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.

Gaius II § 204: — — et tum heres, si res mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit, si tradiderit. Nam si mancipi rem tantum tradiderit nec mancipaverit, usucapione pleno iure fit legatarii; completur autem usucapio sicut alio quoque loco diximus, mobilium quidem rerum anno, earum vero, quae solo tenentur, biennio.

Gaius III § 80: — — ex iure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt.

Ulpian I § 16: qui tantum in bonis non etiam ex iure Quiritium servum habet, manumittendo Latinum facit. In bonis tantum alicuius servus est velut hoc modo, si civis Romanus a cive Romano servum emerit, isque traditus ei sit, neque tamen mancipatus ei, neque in iure cessus, neque ab ipso anno possessus sit; nam quamdiu horum quid fiat, is servus in bonis quidem emtoris, ex iure Quiritium autem venditoris est.

[35]) Die Annahme, als habe ſich ſchon vorher der Unterſchied zwiſchen res mancipi und nec mancipi verwiſcht, und Juſtinian lediglich das Gewohnheits-

Digitized by Google

der beiden Instituten — der mancipatio wie der in iure cessio — den Lebensfaden abschnitt und den Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi beseitigte.

III. Wollte man also eine res mancipi mit resolutivem Vorbehalt verkaufen und zu Eigenthum übertragen, so waren nur folgende zwei Möglichkeiten gegeben:

1. Der Eigenthümer übertrug die Sache formlos durch Tradition, wodurch der andere Kontrahent nur bonitarisches Eigenthum erhielt, das sich dann, wie bereits erwähnt, nach 1 bezw. 2 Jahren zu quiritarischem Eigenthum ergänzte. Der Verkäufer blieb also quiritarischer Eigenthümer, während die Wirkung des resolutiven Vorbehalts erst unten S. 12 erörtert werden kann; das geht aus fr. 15 pr. de in diem add. (18,2)[36]) hervor, wo der Verkäufer als dominus bezeichnet ist, ein Punkt, über den die verschiedensten Ansichten herrschen. Für das justinianische Recht kann man die Stelle allenfalls von einer Suspensivbedingung verstehen. Dasselbe ergiebt sich auch klar aus fr. 9 pr. de aqua et aqu. pluv. (39,3),[37]) wo zur Bestellung einer Wassergerechtigkeit die Einwilligung des Verkäufers und des Käufers erfordert wird. Paulus folgert hier, beide müßten zur prätorischen Bestellung der Servitut zustimmen; denn entweder läuft die Ersitzung des bonitarischen Eigenthümers ab, dann ist er (alleiniger) dominus, oder der Rückfall tritt ein: in diesem Falle bleibt der Verkäufer quiritarischer Eigenthümer und dominus.[38]) Nach fr. 1 de in diem add. (18,2)[39])

recht kodifizirt, ist ganz unbewiesen. Noch bis Justinian war die Mancipation, namentlich bei Schenkungen, durchaus üblich; vergl. J. Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 81 ff. und die dort angeführten Nachweise; Girard, manuel de droit Romain XII S. 280 ff., wo weitere Litteratur.

[36]) Si praedio in diem addicto ante diem venditor mortuus sit, sive post diem heres ei exsistat sive omnino non exsistat, priori praedium emtum est, quia melior condicio allata, quae domino placeat, intelligi non potest, cum is, qui vendat non exsistat: quod si intra diem adiectionis heres exsistat, melior condicio ei adferri potest.

[37]) In diem addicto praedio et emtoris et venditoris voluntas exquirenda est, ut, sive remanserit penes emtorem sive recesserit, certum sit voluntate domini factam aquae cessionem.

[38]) Daß dominus = quiritarischer Eigenthümer, darüber Pernice, Labeo II, 1. Auflage S. 188; A. M. Erman, Zeitschr. f. Rechtsgesch. XI S. 262 ff. Gradenwitz, ibid. XII S. 124 f. spricht nur vom Sprachgebrauch des Edikts.

[39]) In diem addictio ita fit: 'ille fundus centum esto tibi emtus, nisi

Digitized by Google

kann für das klassische Recht unter 'dominus' der Verkäufer, möglicherweise auch der Käufer verstanden werden;[40]) daß der Verkäufer noch als quiritarischer Eigenthümer zu denken ist, ergiebt sich aus 'intra Kalendas Ianuarias proximas', wonach bis Ablauf der Frist ein Jahr nicht verstrichen ist. Für das justinianische Recht kann — wenn man überhaupt die Stelle von einer Resolutivbedingung verstehen will — mit 'dominus' nur der Käufer gemeint sein.[41])

2. Die zweite Möglichkeit war, daß der Eigenthümer die mancipatio oder in iure cessio vollzog und damit ein pactum fiduciae verband, mit der Verpflichtung des Erwerbers, die Sache unter bestimmten Umständen zurückzuübereignen; wurde sie dann formlos zurückgegeben oder erlangte der Veräußerer sonst wieder den Besitz, so vollzog sich in allen Fällen die usureceptio in 1 Jahr.[42])

Diese usureceptio war dann ausgeschlossen, wenn die Sache bloß zur precaria possessio oder detentio an den Veräußerer übergeben war, z. B. als conductor oder Usufruktuar.[43]) Es mußte dies auch gelten bei dem pactum fiduciae, das mit der Bedeutung einer unechten Resolutivbedingung beigefügt war. Von einem derartigen Falle handelt das unten[44]) näher zu besprechende fr. 42 de m. c. d. (39,6), wo die Schenkerin retento usufructu überträgt, also bloß detentio hat.

IV. Diese Verhältnisse müssen wir uns vergegenwärtigen, um eine Erklärung der dinglichen Wirkung der Resolutivbedingung zu finden,[45]) die einerseits gar nicht zu leugnen ist, andererseits aber den Grundsätzen des Römischen Rechts widerspricht, wonach Eigenthum nicht auf

si quis intra kalendas Ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat'.

[40]) Wenn man hier nicht eine Suspensivbedingung annimmt.

[41]) Über die Interpretationen dieser Stelle Glück XVI S. 240, Schulin, Resolutivbedingungen S. 163, de Senarclens, in diem addictio, S. 245ff.

[42]) Gaius II § 59: adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit; nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere anno scilicet, etiam soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id quod aliquando habuimus recipimus per usucapionem.

[43]) Gaius II § 60: — — si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; — —

[44]) § 31.

[45]) v. Scheurl, Nebenbestimmungen, S. 236, hat auf diesen Weg der Erklärung bereits hingewiesen.

Digitized by Google

Zeit übertragen werden kann.[46]) Daß natürlich nur im Falle 1) von einer dinglichen Wirkung die Rede sein kann, liegt auf der Hand; denn daß das pactum fiduciae nur obligatorische Wirkung hat, ist zweifellos.[47])

Im Falle 1. aber erklärt sich die dingliche Wirkung auf folgende Weise aus dem Zwiespalt des Eigenthums: will ich eine Sache unter einer lex commissoria oder in diem addictio veräußern, so übertrage ich das bonitarische Eigenthum und behalte das quiritarische; solange die Resolutivbedingung schwebt, habe ich zwar die rei vindicatio, aber es steht mir die exceptio rei venditae et traditae entgegen; ist je doch die Bedingung eingetreten, so wird meine rei vindicatio voll wirksam; denn die exceptio rei venditae et traditae steht dem Be klagten jetzt nicht mehr zu, weil sie der Bedingung des Kaufes wider sprechen würde, und der Käufer sich daher der rei vindicatio gegen über nicht mehr auf den Vertrag berufen kann.[48]) Bei dieser Ent wickelung ist jedoch vorausgesetzt, daß die ein bezw. zweijährige Er sitzungszeit noch nicht abgelaufen ist. Ist allerdings die Ersitzung[49]) eingetreten, so hört der Verkäufer auf, quiritarischer Eigenthümer zu sein, er hat mithin die rei vindicatio nicht mehr. Die dingliche Wirkung der Resolutivbedingung war also im klassischen Recht auf 1 bezw. 2 Jahre beschränkt, woraus sich ergab, daß das Eigenthum nach Ablauf dieser Zeit fest und unantastbar war.

Daneben kann der Verkäufer aber auch von Eintritt der Bedingung ab die actio venditi geltend machen: er hat sie auch, wenn die 1 bezw. 2 Jahre bereits verstrichen sind. So kommen wir zu folgendem Ergebniß: bis zum Ablauf der Usukapionsfrist ist die Resolutiv bedingung dinglich und obligatorisch, nach dem Ablauf nur noch obligatorisch wirksam.

[46]) Vergl. Vat. fr. 283.

[47]) Über die Sklavenverkäufe, bei denen trotz mancipatio oder in iure cessio eigenartiger Weise echte Resolutivbedingungen statthaft waren, vergl. §§ 16 ff.

[48]) Vergl. fr. 8 de lege comm. (18,3): ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditionis.

[49]) Von dieser Ersitzung spricht Sabinus in fr. 2 § 3 pro. emt. (41,4); er erklärt sie für unzulässig, weil er annimmt, daß die lex commissoria eine Suspensivbedingung enthalte; Paulus, der eine Resolutivbedingung annimmt, ist entgegengesetzter Ansicht.

Digitized by Google

V. Noch ist auf das Verhältniß des Käufers zu Dritten einzugehen; so lange der Rückfall nicht eingetreten ist und der Käufer gegen den Verkäufer durch die exceptio rei venditae et traditae gesichert ist, steht ihm allen Dritten gegenüber die Publiciana zu. Ist aber der Rückfall eingetreten, so daß er gegen die rei vindicatio des Verkäufers nicht mehr geschützt wird, so verliert er damit auch die actio Publiciana; denn diese wird nur bei einer res ex iusta causa tradita gegeben,[50]) und diese fehlt mit dem Augenblick des Rückfalls. Auch hier ändert sich das Verhältniß mit Ablauf der Usukapionsfrist: der Käufer ist nunmehr quiritarischer Eigenthümer und hat als solcher die rei vindicatio.

VI. Hieraus folgt, daß die dingliche Wirkung als beruhend auf dem Zwiespalt des Eigenthums nur bei res mancipi eintreten konnte: bei res nec mancipi war nur die actio venditi oder praescriptis verbis denkbar.[51]) Dies bestätigen denn auch die Quellen:

1. Deutlich spricht dies aus Vat. fr. § 283, wo bei praedia stipendiaria, also res nec mancipi, die Möglichkeit dinglichen Rückfalls ausgeschlossen wird;[52])

2. es werden in Fällen, wo dingliche Wirkung eintritt, nur Beispiele wie fundus, domus, aedes, praedium, servus gewählt;

3. es erklärt sich so fr. 41 de R. V. (6, 1).[53])

Da einst die dingliche Wirkung auf 1 bezw. 2 Jahre beschränkt war, so war die Resolutivbedingung noch kein gefahrvoller Rechtsmechanismus;[54]) aber dies ändert sich im justinianischen Recht. Die

[50]) Lenel, Edictum S. 130; fr. 3 § 1 de Public. (6,2); 'qui instam causam traditionis habet, utitur Publiciana'. Ueber die neuerdings viel bestrittene Fassung der Publiciana ist hier nicht weiter zu handeln, darüber vergl. Pernice, Labeo II, 1, 2. Aufl. S. 340ff.

[51]) Nicht etwa die actio fiduciae, da die fiducia nur bei mancipatio und in iure cessio vorkam.

[52]) Ueber diese Stelle, namentlich ihr Verhältniß zu c. 2 (8,54) s. unten S. 14.

[53]) Hierüber in § 5.

[54]) Vergl. Jhering, Geist III, Anm. 265: — 'In meinen Augen ist die Resolutivbedingung in ihrer modern römischen Gestalt, — d. h. als dinglich geschützter Vertrag, vom legislativen Standpunkt aus einer der verwerflichsten Rechtsmechanismen, die es giebt; — in ihrer modern-römischen Gestalt schließt sie eine große Gefahr für das Eigenthum und eine ergiebige Quelle bedenklichster Verwirrung in sich. Freilich wiederholt sie sich, wie es scheint, un-

Digitized by Google

Kompilatoren verleiben die Stellen der klaſſiſchen Juriſten, die von ſolchen Verhältniſſen handeln, dem Geſetzeswerk Juſtinian's mit geringen Aenderungen ein, und mit einem Schlage ändert ſich das Bild. Mit dem Verſchwinden des Unterſchiedes zwiſchen res mancipi und nec mancipi wird das Feld der Reſolutivbedingung ein ungemeſſenes.[55]) Einen trefflichen Beweis für dieſe Entwicklung im juſtinianiſchen Recht bietet uns der bereits erwähnte § 283 der Vat. fr., den die Kompilatoren in der Weiſe umgeſtaltet haben, wie er uns in c. 2 de donat. qu. s. m. (8, 54) entgegen tritt.[56]) Die beiden Stellen lauten:

Vat. fr. § 283:

Idem[57]) Aurelio Carrenoni. si (praediorum) stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est. cum ad tempus proprietas transferri nequiverit. Si vero usumfructum in eam, contra quam supplicas, contulisti, usumfructum a proprietate alienare non potuisti. Proposita V id. Mart. Maximo et Aquilino conss.

c. 2 (8, 54):

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Zenoni. Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda. P. P. V id. Mart. Maximo II et Aquilino conss.

Daß es ſich hier um den gleichen Erlaß handelt, ergibt die Gleichheit des Datums und die Uebereinſtimmung der Worte zu Anfang. Daß der Name des Anfragenden verſchieden iſt, beruht bei einer der Stellen ſicher auf Unrichtigkeit des Textes. Es zeigt ſich alſo, daß eine abſichtliche Aenderung der Kompilatoren vorliegt.[58]) Warum aber dieſe geſchah, ergibt ſich aus dem Dargeſtellten von

abhängig vom römiſchen Recht auch im engliſchen, ſ. Gundermann, engl. Privatr. I S. 241.' Vergl. zu dieſer letzten Bemerkung Ihering's auch Pollock, Grundbeſitz in England S. 85 ff.

[55]) Denn die 3, bezw. 10, 20jährige ordentliche Erſitzung kann derjenige, der die Sache unter der Reſolutivbedingung erwirbt, nicht gegen dieſe anrufen.

[56]) Vergl. hierzu Pernice, Labeo III, 1 S. 92 ff.; ferner Appleton, propriété prétorienne 2 S. 178 ff., citirt bei Girard, textes ad h. l.

[57]) scil. Diocletianus et Maximianus.

[58]) So auch Pernice a. a. O., wo die beiden Stellen ausführlich behandelt werden.

Digitized by Google

selbst: wenn nach klassischem Rechte von einem dinglichen Rückfall, wie wir gesehen haben, nicht die Rede sein konnte, da es sich um ein Provinzialgrundstück[59]) handelte, also eine res nec mancipi, so paßte diese Entscheidung nicht ins justinianische Recht, das res mancipi und nec mancipi nicht mehr unterschied und bei beiden dinglichen Rückfall anerkannte. Dies hat Justinian veranlaßt, die Entscheidung derart zu ändern, daß er eine solche (mortis causa) donatio für gültig erklärte.

Um so mehr lehrt uns diese geschichtliche Entwickelung in ihrer Eigenart, daß wir bei der Erklärung des so entstandenen justinianischen Gesetzeswerkes die dingliche Wirkung der Resolutivbedingung möglichst einschränken müssen und nicht auf andere nicht behandelte Fälle ausdehnen dürfen,[60]) wie das die gemeinrechtliche Lehre that,[61]) die diese Entwickelung nicht kannte. Aus dem Gesagten ergibt sich auch die duplex interpretatio einiger Quellenstellen, deren Auslegung bisher trotz allen Scharfsinns nicht gelang. Darüber die folgenden §§.

B. Quelleninterpretationen.

1. fr. 41 pr. de rei vindic. (6, 1).

§ 5.

Ulpianus libro septimo decimo ad edictum:

Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam meliorem condicionem [iam non][62]) potest in rem actione uti. Sed [et][62]) si cui in diem addictus est fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit.

Ueber die Interpretation dieser Stelle, namentlich über das Verhältniß der beiden angeführten Fälle zu einander, hat man die verschiedenartigsten Behauptungen aufgestellt. Einige seien hier kurz aufgeführt:[63])

1. Die Glosse[64]) ist der Ansicht, im ersteren Falle handle es

[59]) Praedium stipendiarium war auch noch z. B. Diocletians ein Provinzialgrundstück, Pernice, Labeo a. a. O.

[60]) Darüber oben § 3 am Ende und im spez. Theil.

[61]) Vergl. unten § 41.

[62]) Interpolirt; s. S. 17.

[63]) Vergl. noch andere bei Schulin, Resolutivbedingungen S. 168ff.

[64]) Glossa ad h. l.

Digitized by Google

ſich um bewegliche, im zweiten um unbewegliche Sachen und will deswegen hinter 'emerit' die Worte 'rem mobilem' einſchieben, 'ut differat a casu sequenti';

2. Azo[66]) ſcheint den erſten Fall ſo zu verſtehen, daß dabei ein dies beigefügt ſei, im zweiten nicht; er ſagt nämlich 'pactum sive lex commissoria dicitur, cum ita convenit venditor cum emtore, ut, si non fuerit solutum pretium totum vel pars, cum quaedam portio statim soluta est, in tali die vel tempore, sit res inemta vel invendita. Secus si ita dictum sit, ut ad se revertatur possessio vel redeat dominium ad venditorem'.

3. Bartolus[67]) glaubt, die Parteien hätten in einem Fall verba directa, im andern verba obliqua gebraucht.

4. W. Müller[68]) nimmt an, in einem Fall habe ſich der Käufer, im andern der Verkäufer den Rücktritt vorbehalten.

5. Thibaut's[69]) Anſicht hat den Vorzug der Eigenartigkeit für ſich; er hält bloße Schwatzhaftigkeit Ulpian's für vorliegend.

6. Schulin[70]) ſieht nur im zweiten Fall eine richtige in diem addictio; im erſten läge nur ein Nebengeſchäft zu einem Kaufgeſchäft vor, wo auch der Käufer Rücktrittsrecht habe; dieſe Meinung kommt der Anſicht W. Müller's nahe. Aehnliche Meinungsverſchiedenheiten beſtehen betreffs der Frage, warum Käufer vor dem beſſeren Angebot die actio in rem haben ſoll, nachher nicht mehr; hierüber Schulin a. a. O. S. 170.

Daß dieſe beiden Fälle, um einen Sinn zu ergeben, in Gegenſatz zu bringen ſind, darauf haben die meiſten Interpreten bereits hingewieſen. Immer aber ſtellen ſie ſich auf den Boden der juſtinianiſchen Kompilation, ohne zu berückſichtigen, welche Bedeutung dieſe Worte zur Zeit Ulpian's ſelbſt gehabt haben mögen. So gelang es nicht, zu erklären, warum Ulpian beide Fälle trennt, ohne daß er eine verſchiedene Wirkung annimmt; warum zuerſt eine in rem actio bei der emtio im Allgemeinen und noch außerdem bei der emtio fundi?

[66]) Summa ad rubricam de pact. int. emt. et vend. (4, 54) S. 449; auch erwähnt bei Cujacius recitationes sollemnes ad h. l. VII S. 309 E (ed. Venet. 1758), der die Worte Azo's in gleicher Weiſe auffaßt.

[67]) Bartolus ad h. l.

[68]) Civiliſt. Abhandlungen I S. 285ff.

[69]) Arch. f. civil. Prax. 16, S. 410.

[70]) a. a. O. S. 171.

Da im klassischen Recht, wie oben ausgeführt, die Resolutivbedingung auf ein bestimmtes Gebiet und eine bestimmte Dauer beschränkt war, z. B. Justinian's aber nicht mehr, so ist eine Interpolation sehr naheliegend. Meiner Meinung nach sprach Ulpian zuerst von res nec mancipi, dann vom fundus als res mancipi und wollte sagen: hat jemand eine res nec mancipi unter der Bedingung der Rückgängigmachung des Geschäftes bei besserem Angebot gekauft, so hat er auch nach Annahme des Angebots durch den Verkäufer noch die dingliche Klage; denn bei res nec mancipi ist die Wirkung lediglich eine obligatorische. Ist dagegen jemandem eine res mancipi mittelst bloßer traditio in diem addicirt, so hat dieser vor Annahme des besseren Angebots durch den Verkäufer die dingliche Klage, nachher nicht mehr: denn vorher hat zwar der Verkäufer quiritarisches Eigenthum, der Käufer jedoch das bonitarische und damit die actio Publiciana: nach dem Rückfall steht ihm diese nicht mehr zu. Im Sinne der Kompilatoren konnte so die Stelle nicht mehr aufrecht erhalten bleiben; denn da der Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi wegfiel, übertrugen sie die dingliche Wirkung auf letztere. Darum schoben sie in den ersten Satz 'iam non' ein [71]) und strichen das vermuthlich vor 'emerit' stehende 'rem nec mancipi'. Ebenso mußte dann im zweiten Fall hinter 'sed' 'et' eingeschoben werden. Auf diese Weise kamen sie allerdings zu dem Ergebniß, zweimal das Gleiche zu sagen, das erste Mal von der emtio überhaupt, das zweite Mal von der emtio fundi, wie Ulpian unmöglich geschrieben haben kann. Uebrigens ist aus der Stelle auch mit großer Wahrscheinlichkeit zu schließen, daß in klassischer Zeit der Ausdruck in diem addictio nur bei res mancipi gebraucht wurde; sonst wäre nicht zu verstehen, warum Ulpian den Vorbehalt des besseren Angebots zuerst weitläufig umschreibt und nur im zweiten Fall den technischen Ausdruck 'in diem addictio' gebraucht.

2. c. 3 de pact. int. emt. et vend. (4, 54).

§ 6.

Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non

[71]) Vergl. hierzu die oben nachgewiesene analoge Interpolation, § 4 S. 14.

Digitized by Google

precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

Der Inhalt ist also: wer unter der Abrede ein Grundstück verkauft hat, daß das Eigenthum an den Verkäufer zurückkommen soll, falls nicht innerhalb bestimmter Zeit der Rest des Kaufpreises bezahlt ist, dem steht (außer im Falle der prekarischen Besitzübertragung) die rei vindicatio nicht zu, sondern die actio ex vendito.

Um die Interpretation dieser Stelle hat man sich von der Zeit der Glossatoren an bemüht und die verschiedensten Erklärungen gegeben. Denn warum ist hier die rei vindicatio ausgeschlossen, die doch sonst bei der lex commissoria — und eine solche liegt hier vor — ganz sicher bezeugt wird?[72])

1) Die Glosse[73]) nimmt an, daß hier, wie auch in c. 1 h. t., gar keine lex commissoria vorliege, weil hier die bei der lex commissoria üblichen Worte res inemta esto nicht gebraucht sind. Dem ist entgegenzuhalten, daß dieser Ausdruck zwar in der Regel auf die lex commissoria angewandt wird, ja im Titel de lege comm. (18, 3) ausschließlich vorkommt, aber keineswegs auf die lex commissoria beschränkt ist, sondern sich vielfach auch beim pactum displicentiae findet, z. B. in fr. 3 de contr. emt. (18,1) und fr. 2 § 5 pro emt. (41,4), also als typisch für die lex commissoria nicht angesehen werden kann. Warum aber gerade in unserem Falle der Ausdruck 'res inemta esto' nicht angewandt ist, wird aus folgendem hervorgehen. Neuerdings vertheidigte Engelmann[74]) die Ansicht der Glosse.

2) Hellfeld[75]) benutzte diese Stelle, um seine Behauptung von der nichtdinglichen Wirkung der lex commissoria zu stützen; ihm folgend Czyhlarz.[76])

3) Der Jurist Petrus Belois[77]) meint, es handle sich um einen Fall, wo ein Theil des Kaufpreises bereits gezahlt sei, und glaubt, der Verkäufer könne dann wegen des Restes nicht mehr vindiziren.

4) Thibaut[78]) glaubt, es liege hier ein ganz spezieller Fall auf

[72]) Vergl. unten S. 30f.
[73]) Glossa ad h. l.
[74]) Rückfall des Eigenthums S. 56ff.
[75]) Iurisprudentia forensis § 1010.
[76]) Resolutivbedingung S. 50f.
[77]) Meerman, Thesaurus IV S. 684.

Digitized by Google

eine Anfrage vor, von dem sich keine allgemeinen Grundsätze ableiten ließen.

5) Puchta,[79]) Schulin[80]) erklären den Fall so, daß gefragt werde, ob 'der sub lege commissoria verkauft und tradirt habende Verkäufer pendente condicione resolutionis das verkaufte Grundstück vindiziren könne'.[81]) Die Antwort hätte dann gelautet: regelmäßig sei dies nicht möglich, weil der rei vindicatio die exceptio rei venditae et traditae entgegenstehe; nur wenn precaria possessio auf den Käufer übertragen sei, wäre die rei vindicatio durchführbar. Diese Auslegung ist deswegen unrichtig, weil hier von dem Falle die Rede ist, wo die Bedingung bereits eingetreten ist, nicht von dem des Schwebens der Bedingung; denn, während die Bedingung schwebt, hat der Verkäufer weder eine (wirksame) rei vindicatio noch eine actio ex vendito. Ist nämlich der Verfallstermin ohne Zahlung eingetreten, sodaß die actio ex vendito begründet ist, so ist auch die Bedingung eingetreten (sofern noch der Wille des Verkäufers hinzutritt).[82])

In Wirklichkeit bestätigt diese Stelle ganz besonders deutlich die oben aufgestellte Lehre. Der Fall lag folgendermaßen: der Verkäufer hatte dem Käufer das 'praedium', also, falls es in Italien lag, eine res mancipi, was nach dem Zusammenhang mindestens nicht ausgeschlossen ist, mit der Verwirkungsklausel zu Eigenthum, d. h. natürlich bonitarischem, tradirt, das quiritarische hatte er für sich behalten. Nehmen wir nun nach dem oben Gesagten an, daß die Kompilatoren die Worte 'certum tempus' an Stelle von 'biennium' gesetzt haben, welches letztere für ihre Rechtsverhältnisse nicht mehr paßte, so will die Konstitution besagen: nach zwei Jahren hat der Käufer das quiritarische Eigenthum ersessen und dem Verkäufer steht infolge dessen die rei vindicatio nicht mehr zu, sondern nur noch die Kontraktsklage, die actio ex vendito, m. a. W. die dingliche Wirkung währt hier nur zwei Jahre lang.[83]) So erklärt sich auch ohne Schwierigkeit die

[79]) Civilistische Abhandlungen S. 377.

[79]) Vorlesungen I S. 488.

[80]) Resolutivbedingungen S. 154 f.

[81]) Schulin a. a. O. S. 155.

[82]) Vergl. unten § 9 S. 26 ff.

[83]) Es geht auch aus fr. 4 pr. de lege comm. (18,3) hervor, daß diese hiernach sehr praktische actio venditi bei den Römern vielfach erörtert wurde: iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere, ut rescriptis im-

Digitized by Google

Bedeutung des Bedingungssatzes: 'si non precariam possessionem tradidit': bei bloß prekarischer Besitzübertragung an den Käufer erhält dieser keine wahre possessio, also kein bonitarisches Eigenthum und damit nicht die Möglichkeit, in zwei Jahren quiritarisches Eigenthum zu ersitzen.

Dies erklärt auch, warum das Reskript sich des technischen Ausdrucks: 'res inemta esto' nicht bediente, da er ja auf diesen Fall der prekarischen Besitzübertragung nicht gepaßt hätte; denn die Worte 'inemta res esto' setzen eine res emta voraus.

Es ist übrigens noch eine andere Auffassung möglich, wonach die rei vindicatio deshalb ausgeschlossen ist, weil von einem praedium provinciale die Rede sein könnte, worauf die inscriptio 'militi' deuten würde. In diesem Fall ist kein quiritarisches Eigenthum möglich und daher auch keines beim Verkäufer zurückgeblieben; darum wird die rei vindicatio abgelehnt. Damit würde die Ausdrucksweise eine fernere Erklärung finden, wenn man annimmt, daß die typische Bezeichnung 'res inemta esto' sich nur auf res mancipi bezöge; vergl. fr. 41 de r. v. (6, 1) im § 5, wo auch für res mancipi und nec mancipi verschiedene Ausdrücke gewählt werden.

Im justinianischen Recht muß man annehmen, daß die Stelle mit c. 1[84]) und 4[85]) eod. und fr. 8 de lege comm. (18, 3)[86]) in Widerspruch steht und gegenüber der Ueberzahl der Stellen zurücktreten muß, oder man könnte allenfalls die Erklärung aus dem Worte 'restituturn esset' entnehmen. Jedenfalls ist der Ausdruck auffallend. Denn wenn auch in den von Schulin (S. 153) genannten Stellen: fr. 94 de verb. sign. (50, 16), Cicero ad. Att. 2, 4, 1, Gai Instit. 4,28, fr. 21 de leg. II das Wort reddere im Sinne von dare gebraucht wird, so steht hier doch nicht reddere, sondern restituere. Es wäre daher immerhin für das justinianische Recht die zwar an sich etwas fernliegende Erklärung denkbar, daß der Käufer

peratoris Antonini et divi Severi declaratur: denn man könnte hier mit einigem Schein folgern, daß der Kauf aufgelöst und so keine Kontraktsklage gegeben sei; ebenso fr. 6 § 1 de contr. emt. (18, 1); vergl. auch oben § 3 II gegen Ende.

[84]) Vergl. unten § 14 S. 35.

[85]) Vergl. § 15 S. 35.

[86]) Vergl. unten § 13 S. 34.

Digitized by Google

das Geld voll bezahlt, auf seine Bitten aber einen Theil zurückerhalten hat mit der Bedingung, daß bei nicht rechtzeitiger restitutio der Verfall eintreten sollte. Dies wäre keine lex commissoria und eine dingliche Wirkung also ausgeschlossen.

II. Besonderer Theil.

Historische und dogmatische Entwickelung im Einzelnen.

A. Anwendungsfälle der echten Resolutivbedingung.

I. Die Verwirkungsklausel beim Kaufvertrag.

a. Die eigentliche lex commissoria.

1) Theoretische Erörterung.

a) Begriff der lex commissoria.

§ 7.

Lex commissoria — Verwirkungsklausel i. e. S. — ist die einem Kaufvertrag beigefügte Nebenabrede, wonach der Verkäufer berechtigt sein soll, das Geschäft aufzulösen, falls nicht innerhalb bestimmter Zeit der Kaufpreis völlig bezahlt wird.

Im Gegensatz zur in diem addictio ist bei der lex commissoria von Ulpian deutlich ausgesprochen, daß im Zweifel eine Resolutivbedingung, nicht eine Suspensivbedingung vorliege.[87])[88]) In älterer Zeit vertrat allerdings Sabinus die entgegengesetzte Ansicht.[89])

Wird die in diem addictio ihrer Natur nach nur als Nebenabrede zum Kaufvertrag erwähnt, so war hingegen die lex commissoria im älteren römischen Recht auch bei Pfandverträgen statthaft,

[87]) fr. 1 de lege comm. (18, 3): si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emtio quam sub condicione contrahi videatur.

[88]) Der Digestentitel de lege commissoria 18,3 wird im Folgenden mit h. t. citirt.

[89]) fr. 2 § 3 pro emt. (41, 4): Paulus libro 54 ad edictum: Sabinus. si sic emta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur quam implebitur. Hieraus ist zu schließen, daß Paulus sich für die Resolutivbedingung ausspricht; so auch Gothofredus ad h. l.: 'hoc autem Paulus probare videtur'; ebenso Cujacius in libr. LIV Pauli ad Edictum V S. 725.

Digitized by Google

bis dies eine Konstitution Kaiser Konstantins ausdrücklich verbot.[90]) [91]) Hat die in diem addictio im römischen Recht eine feinere Ausbildung erlangt, so ist die lex commissoria im heutigen Recht von ungleich größerer praktischer Bedeutung.

Auf Grund der Quellenentscheidung, im Zweifel sei eine Resolutivbedingung anzunehmen, stellte man bei uns die Behauptung auf, die lex commissoria könne überhaupt gar nicht als Suspensivbedingung aufgefaßt werden,[92]) eine solche widerspreche ihrem Wesen. Dieser Auffassung ist jedoch nicht zu folgen: denn wenn auch im Zweifel eine Resolutivbedingung anzunehmen ist, so können doch die Parteien das Gegentheil des in der lex commissoria ausgedrückten Umstandes auch als Suspensivbedingung festsetzen; sonst würde die Frage in den Quellen überhaupt nicht in dieser Weise aufgeworfen.

b) Wirkung des Kaufabschlusses.

§ 8.

Mit Abschluß des Vertrages selbst wird der Kauf perfekt, die Gefahr geht auf den Käufer über.[93]) Mit der Tradition erhält er das selbständige Recht des Fruchtbezugs,[94]) seine Usukapionsfrist beginnt. In Betracht kommt im klassischen Recht die Usukapion des bonitarischen Eigenthümers, die gegen den quiritarischen Eigenthümer, also den Verkäufer, gerichtet war. Von dieser handelt offenbar fr. 2

[90]) c. 3 de pact. pign. (8,34).

[91]) Da sie im justinianischen Recht auf den Kauf beschränkt ist, so ist es wohl auch richtiger, sie im System unter die Lehre vom Kauf zu stellen (Dernburg II S. 260f.) und nicht in den allgemeinen Theil des Obligationenrechts unter die Lehre von den Verträgen (Windscheid II S. 253).

[92]) Wendt, Neurecht II S. 26ff.; Glück XVI S. 273; Burkhard, Arch. f. civil. Praxis Bd. 51 Nr. 12.

[93]) Dies geht hervor aus fr. 2 h. t.: cum venditor fundi in lege ita caverit: 'si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemtus sit', ita accipitur. inemtus esse fundus, si venditor inemtum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emtoris futurum, ut non dando pecuniam inemtum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.

[94]) fr. 5 h. t.: lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inemta sit, de fructibus, quos interim emtor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emtor interim eos sibi suo quoque iure perciperet: — —

Digitized by Google

§ 3 pro emt. (41, 4).[95]) Es ist hier die Frage, ob die Ersitzung gegen den Verkäufer stattfindet. Im justinianischen Recht kommt nur die zweite Ersitzungsart, die gegen Dritte gerichtet, in Betracht, die gewöhnlich in der Person des Verkäufers begonnen und vom Käufer fortgesetzt werden wird. Fällt hier das Eigenthum zurück, so wird dem Verkäufer die Usukapionszeit des Käufers angerechnet. Hiervon spricht fr. 19 de usurp. (41, 3),[96]) ebenso fr. 6 § 1 de divers. temp. (44, 3).[97]) Auch das Eigenthum geht auf den Käufer über, obgleich dies vielfach bestritten wird.[98]) Als Hauptgrund gegen diese Auffassung macht man geltend, daß nach § 41 Inst. de rer. div. (2, 1)[99])[100]) das Eigenthum auf den Käufer nur bei Zahlung des Kaufpreises,

---

[95]) Angeführt oben in Anm. 89 S. 21.

[96]) Si hominem emisti, ut, si aliqua condicio exstitisset, inemtus fieret, et is tibi traditus est et postea condicio emtionem resolvit: tempus quo apud emtorem fuit, accedere venditori debere existimo, quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis, in qua non dubito tempus eius qui redhibuerit, venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest. Vergl. auch unten Anm. 135.

[97]) Vendidi tibi servum et convenit, ut, nisi certa die pecunia soluta esset, inemtus esset: quod cum evenerit, quaesitum est, quid de accessione tui temporis putares. Respondit id, quod servetur, cum redhibitio sit facta: hunc enim perinde haberi ac si retrorsus homo mihi venisset, ut scilicet, si venditor possessionem postea nactus sit, et hoc ipsum tempus et quod venditionem praecesserit et amplius accessio haec ei detur cum eo quod apud eum fuit, a quo homo redhibitus sit.

[98]) Vergl. auch oben S. 4.

[99]) Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero et traditae non aliter emtori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege XII tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed si is qui vendidit, fidem emtoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emtoris fieri; vergl. hierüber auch Exner, Tradition S. 339 ff.

[100]) Es wird in diesem § Inst. auf die XII Tafeln verwiesen; es ist jedoch anzunehmen, daß z. B. der XII Tafeln Eigenthumsübergang nur bei Zahlung des Kaufpreises erfolgen konnte, und die satisfactio als Ersatz desselben erst später hinzukam. Daß der Eigenthumsübergang bei bloßer Kreditirung ein Ergebniß späterer Rechtsentwickelung ist, geht aus der Stelle selbst hervor, vergl. hierzu Czyhlarz, Resolutivbedingung S. 65 Anm. 25, Exner a. a. O. S. 351.

Digitized by Google

satisfactio oder fidem sequi — Kreditirung — übergeht; da nun von Zahlung oder gleichwerthiger satisfactio, der Natur des Geschäftes entsprechend, keine Rede sein könne, so wäre nur noch denkbar, daß der Verkäufer dem Käufer kreditirte. Dies widerspräche aber nun gerade dem Mißtrauen, das der Verkäufer mit Beifügung der resolutiven lex commissoria bekunde.[101]) Es kommt bei dieser Frage darauf an, was man unter dem vieldeutigen Begriff 'fidem sequi', kreditiren, versteht. Wenn ich nun auch denjenigen nicht beitreten möchte, die in jeder Tradition eine Kreditirung erblicken,[102]) so ist doch auch das andere Extrem nicht zu billigen, zur Kreditirung sei ein obligatorischer Formalkontrakt, insbesondere Stipulation, nöthig gewesen.[103]) In der Zulassung des Kreditirens als Bedingung des Eigenthumsübergangs wäre sonst der satisfactio gegenüber nicht der mindeste Fortschritt zu erkennen. Mir scheint es, als ob man allerdings ursprünglich für das 'fidem sequi' engere Grenzen gezogen hat, darin aber später dem Bedürfniß des Verkehrs entsprechend immer laxer geworden ist, und da man nun Eigenthumsübergang bei bloßer Kreditirung schon ziemlich frühzeitig konstatiren kann,[104]) so glaube ich, daß man für die klassische Zeit und vollends für die Zeit Justinians bei der resolutiven lex commissoria Eigenthumsübergang annehmen muß. Denn wenn auch durch die Verwirkungsklausel ein Mißtrauen bekundet wird, so erhält dies Mißtrauen doch ein genügendes Gegengewicht in der Sicherheit, die der Verkäufer dadurch bekommt, daß der Käufer sich der für ihn nachtheiligen Verfallsklausel unterwirft. Es ist also im Gegentheil zu folgern: ohne lex commissoria hätte der Verkäufer nicht kreditirt; da er diese Sicherheit hat, thut er es. Gerade das Moment, daß der Käufer die Verwirkungsklausel einräumt und sich so möglicher Weise schweren Nachtheilen aussetzt, ist für den Verkäufer ein starker Antrieb, zu kreditiren, ähnlich einer pfandrechtlichen

[101]) Engelmann, Rückfall des Eigenthums S. 21 ff.; Schulin, Resolutivbedingungen S. 119 ff.; Erman, Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII S. 204 ff.

[102]) Seuffert, Erörterungen II S. 26. Cropp bei Heise und Cropp, civil. Abhandlungen S. 430 f.

[103]) Heimbach, Lehre von dem Kreditum S. 80, auch angeführt bei Exner, Tradition S. 350 Anm. 22.

[104]) Leist will dies schon für die Zeit Varro's annehmen, vergl. Exner a. a. O. S. 348.

Digitized by Google

Sicherung. Wie man nun dem gegenüber geradezu behaupten kann, ein Eigenthumsübergang sei ausgeschlossen und dies Angesichts der noch zu erörternden Quellenbeweise, ist unbegreiflich.[105]) Auch Bechmann hat schon darauf hingewiesen,[106]) daß diese Meinung unhaltbar ist, wenn er auch in den meisten Fällen keinen Eigenthumsübergang annehmen will. Ich halte den Eigenthumsübergang für wesentlich; sonst kommt keine resolutive lex commissoria zu Stande, sondern ein suspensivbedingtes Geschäft, welches das Gegentheil des in der lex commissoria ausgedrückten Umstandes enthält (und daß dies der Parteiwille statuiren kann, darauf ist schon oben[107]) hingewiesen). Abgesehen davon, daß in den Quellen[108]) der Eigenthumsübergang klar ausgesprochen ist, halte ich den Umstand für zwingend, daß mit der Tradition die Usukapionsfrist beginnt.[109]) Denn wenn auch zum Beginn der Usukapion nicht gerade der Glaube, Eigenthümer geworden zu sein, erforderlich ist, so muß doch mindestens eine die Aneignung sonst rechtfertigende Thatsache vorhanden sein.[110]) Nimmt man also keine Kreditirung und keinen Eigenthumsübergang an, so steht damit der von den Quellen bezeugte Beginn der Usukapion in unlösbarem Widerspruch. Es ergeben sich also als Folgen des Kaufes:

1. des Kaufabschlusses selbst: Gefahrsübergang,

2. der Tradition: Eigenthumsübergang und damit verbunden Fruchtbezugsrecht, Usukapionsbeginn, Interdiktenschutz.[111])

[105]) Engelmann, Rückfall S. 43ff.

[106]) Kauf II, 1 S. 521.

[107]) Vergl. S. 22.

[108]) Vergl. unten § 13ff.

[109]) Vergl. zu Anfang des § 8 S. 22.

[110]) Windscheid I § 178 am Ende und § 179[1]; so auch Savigny III S. 370ff.; Vangerow I § 320[2]: 'Da übrigens die Tradition aus dem Grunde eines Kaufgeschäfts bekanntlich nur dann das Eigenthum überträgt, wenn das pretium bezahlt oder kreditirt ist, so muß dies gewiß auch zum Zweck der Usukapion angenommen werden'. Mit Kreditirung des Kaufpreises geht aber das Eigenthum über! Bechmann, Arch. f. civ. Prax. Bd. 75 S. 289: 'Deshalb wird allerdings zu behaupten sein, daß das Bewußtsein von der mangelnden Erledigung des Preises die Ersitzung ebenso ausschließt wie die Publiciana.' Dernburg I S. 216: 'Die Grundlage (sc. der Ersitzung) ist Eigenthumsbesitz.' Czyhlarz, Resolutivbedingung S. 65[2].

[111]) fr. 11 § 13 quod vi aut clam (43,24).

Digitized by Google

c) Voraussetzungen für den Eintritt der Resolutivbedingung.

§ 9.

Die Voraussetzungen für den Eintritt der Resolutivbedingung bei der lex commissoria sind:

1. Nichtzahlung bezw. Nichtangebot des Kaufpreises Seitens des Käufers innerhalb der gesetzten Frist (objektive Voraussetzung);

2. Wille des Verkäufers (subjektive Voraussetzung).

1. Erstes Erforderniß ist Nichtzahlung bezw. Nichtangebot[112]) des Kaufpreises Seitens des Käufers innerhalb der Frist.[113]) Diese wird in der Regel dem Vertrage sofort beigefügt werden, kann aber auch nachträglich der Bestimmung des Verkäufers überlassen sein. Mahnung ist nicht erforderlich;[114]) eine nachträgliche Terminsfestsetzung ist nicht etwa Mahnung, von der aus noch eine weitere Nachfrist abzuwarten wäre,[115]) sondern eine einfache Erstreckung der bisherigen Frist. Es können auch für einzelne Theilleistungen Fristen festgesetzt sein, mit der Maßgabe, daß schon bei Versäumniß einer oder mehrerer von ihnen der Verfall eintreten solle. In der Regel genügt das Angebot von Abschlagszahlungen nicht; im Zweifel braucht der Verkäufer wie ein anderer Gläubiger nur Vollzahlung anzunehmen.

Ob den Käufer ein Verschulden trifft oder nicht, ist bedeutungslos.[116]) Jedenfalls darf aber der Verkäufer nicht selbst Grund zur Versäumniß des Termins gegeben haben. Derartige Fälle können die folgenden sein:

[112]) fr. 4 § 4 h. t.: Marcellus libro vicensimo dubitat, commissoria utrum tunc locum habet, si interpellatus non solvat, an vero si non obtulerit. et magis arbitror (sc. Ulpianus) offerre eum debere, si vult se legis commissoriae potestate solvere: quod si non habet, cui offerat, posse esse securum.

[113]) Ueber die Berechnung des Schalttags, ob zu Gunsten oder Ungunsten des Käufers, waren Scävola und Marcellus verschiedener Ansicht; letzterer vertrat die Meinung, der dies intercalaris komme dem Käufer nicht zu statten, fr. 2 de div. temp. praescr. (44, 3).

[114]) Vergl. Anm. 112 und Bechmann, II, 1 S. 523.

[115]) Die Erforderlichkeit einer Nachfrist nimmt Glück XVI S. 276 an; dagegen Bechmann II, 1 S. 524[1].

[116]) fr. 6 pr. h. t.: Scaevola — — de lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emtorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.

Digitized by Google

a) Der Verkäufer war nicht aufzufinden;[117]) dem ist analog,

b) wenn er verreist war, ohne einen Bevollmächtigten zu hinterlassen; ferner,

c) wenn er die Annahme verweigerte, oder wenn durch obrigkeitliche Beschlagnahme der Forderung des Verkäufers die Annahme unmöglich gemacht wurde,[118])

d) wenn er gestorben war und noch kein Erbe angetreten hatte,

e) wenn er selbst mit der vertragsmäßigen Leistung, die er vor der Zahlung oder gleichzeitig erfüllen sollte, im Rückstande ist, z. B., wenn er für Entwährung Sicherheit zu stellen versprach und sie nicht leistete.[118])

Hat der Käufer angeboten und der Verkäufer sich nicht noch innerhalb der Frist zur Annahme bereit erklärt, so hat jener auf eine entsprechende Nachfrist Anspruch.[119]) Erklärt sich der Verkäufer dagegen noch vor dem Verfallstermin zur Annahme bereit, und bleibt trotzdem die Erfüllung durch den Käufer aus, so wird die lex commissoria mit dem Fristablauf wirksam.[120]) Natürlich wird vorausgesetzt, daß der Verkäufer hierbei nicht in dolo ist: nisi si quid in ea re venditor doli fecit (eod.)

2. Wille des Verkäufers.[121]) Nach Ablauf der Frist hat er die Wahl, ob er von der lex commissoria Gebrauch machen will oder nicht. Es beginnt daher nach Ablauf der Frist ein eigenartiger Schwebezustand. Der Verkäufer braucht sich nicht sofort zu erklären, kann also spekuliren. Dem widerspricht nicht fr. 4 § 2 h. t.: eleganter Papinianus libro tertio responsorum scribit statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere an potius pretium petere, nec posse, si commissoriam

[117]) Vergl. fr. 8 h. t.; über diese Stelle, namentlich auch das Verbot des Fiskus, an den Verkäufer zu zahlen s. § 13; vergl. auch Anm. 112.

[118]) fr. 10 § 1 de resc. vend. (18, 5).

[119]) fr. 23 in fine de obl. et act. (44, 7).

[120]) fr. 51 § 1 de action. emt. et vendit. (19,1) — — etsi ipsis Kalendis per venditorem esset factum, quominus pecunia ei solveretur, deinde per te staret, quominus solveres, uti posse adversus te lege sua venditorem — —

[121]) fr. 3 h. t.: nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor, exercebit, non etiam invitus; vergl. ferner fr. 2 h. t., citirt in Anm. 93.

Digitized by Google

elegit, postea variare.[122]) Diese Stelle will nicht besagen, der Verkäufer müsse seine Erklärung sofort abgeben, sondern nur, die Erklärung des Verkäufers sei, wenn er sie abgiebt, sofort bindend.[123]) Der Käufer ist aber jederzeit in der Lage, durch Angebot der Erfüllung eine Entscheidung herbeizuführen.[124]) Entweder nimmt dann der Verkäufer den Kaufpreis an und verzichtet dadurch auf die Geltendmachung der lex commissoria, oder er weist die Zahlung wegen Verspätung zurück und erklärt damit, die lex commissoria geltend zu machen. Der Käufer kann ihn daher zur Erklärung nöthigen.

Die Willenserklärung braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen, ist aber, einmal geschehen, bindend: eine 'variatio' ist dann nicht mehr gestattet.[125])

d) Wirkungen des Eintritts der Resolutivbedingung.

§ 10.

Mit Eintritt der Resolutivbedingung, d. h. also der eben entwickelten objektiven und subjektiven Voraussetzung fällt das Eigenthum ipso iure an den Verkäufer zurück;[126]) die Gefahr geht wieder auf den Verkäufer über; es erlischt das selbständige Fruchtziehungsrecht des Käufers; er verliert ferner die arrha und die gemachten Zahlungen;[127]) jedoch besteht für diesen Fall die Milderung, daß er die Früchte behält.

Der Verkäufer kann nun fordern:

1. Die Sache mit der rei vindicatio als Eigenthümer[128]) oder auch mit der actio venditi[129]) auf Grund des Kaufabschlusses:

[122]) Vergl. auch Vat. fr. § 4.

[123]) Bechmann, II 1 S. 525.

[124]) Vergl. das oben citirte fr. 4 § 2 h. t. und Vat. fr. 4.

[125]) Damit erledigt sich der Einwand, der Umstand, daß der Verkäufer nach Ablauf der Frist spekuliren könne, entspreche nicht der bona fides.

[126]) Die Ansicht Bechmann's (II, 1 S. 531), der Ausdruck 'dominium ad te pertineret' in c. 1 de pact. int. emt. et vend. (4, 54) sei der Annahme einer dinglichen Wirkung nicht günstig, halte ich für durchaus unbegründet; vergl. darüber unten § 14 S. 35.

[127]) fr. 6 pr. h. t., citirt in Anm. 116; c. 1 de pact. int. emt. et vend., citirt in § 14.

[128]) Vergl. die in §§ 13ff. behandelten Stellen.

[129]) fr. 4 pr. h. t.: si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut, nisi intra certum tempus pretium sit exsolutum, inemtus fieret, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his, quae ex fundo per-

Digitized by Google

2. mit der actio venditi allein: die vom Käufer gezogenen Früchte,[130]) Accessionen der Zwischenzeit, Interdikte,[131]) Ersatz des durch Verschlechterung seitens des Käufers entstandenen Schadens,[132]) ferner auch Ersatz des Schadens, der ihm durch nachherigen Mindererlös entsteht,[133]) falls dies besonders bedungen war. Außerdem kann sich der Verkäufer die Ersitzungszeit des Käufers anrechnen.[134])

Der dingliche Rückfall ist also auf die verkaufte Sache beschränkt, erstreckt sich auf die Früchte nicht; denn diese waren nie im Eigenthum des Verkäufers, können daher auch nicht zurückfallen. Die Kontraktsklage ist deswegen neben der rei vindicatio nicht zu entbehren. Daß dieser Rückfall sich nicht mit rückwirkender Kraft in dem Sinne vollzieht, daß das Geschäft als garnicht abgeschlossen gilt, und daß nicht die ununterbrochene Fortdauer des Eigenthums des Verkäufers fingirt wird, darauf ist bereits oben[135]) hingewiesen. Es ist hier nur noch auf fr. 19 de usurp. (41, 3)[136]) einzugehen, weil dies eine der Hauptstützen der oben a. a. O. gekennzeichneten Lehre ist;[137]) danach soll Javolenus in dieser Stelle ganz klar mit den Worten 'quoniam ea venditio proprie dici non potest' die Rückwirkung in dem von uns bekämpften Sinne vertreten haben. Allein diese Ansicht ist unhaltbar. Javolenus kann unmöglich ausgesprochen haben, daß das

---

cepta sint, itemque si deterior fundus effectus sit facto emtoris . et quidem finita est emtio: sed iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur: vergl. auch c. 3 de pact. int. emt. et vend. (4, 54), behandelt in § 6.

[130]) Vergl. fr. 4 pr. h. t. in Anm. 129; ferner fr. 5 h. t.: lege fundo vendito dicta, — — — vergl. Anm. 94.; fr. 6 § 1 de contr. emt.; Vat. fr. 14: lege venditionis inemto praedio facto fructus interea perceptos iudicio venditi restitui placuit, quoniam eo iure contractum in exordio videtur, sicuti in pecunia, quanto minoris venierit ad diem pretio non soluto. —

[131]) fr. 11 § 13 quod vi aut clam (43, 24).

[132]) fr. 4 pr., citirt in Anm. 129; fr. 6 § 1 (18, 1).

[133]) Vat. fr. 14, citirt in Anm. 130; ferner fr. 4 § 3 h. t.: in commissoriam solet etiam hoc convenire, ut, si venditor eundem fundum venderet, quanto minoris vendiderit, id a priore emtore exigat: erit itaque adversus eum ex vendito actio.

[134]) Vergl. oben Anm. 96.

[135]) Vergl. S. 5.

[136]) Angeführt in Anm. 96.

[137]) Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung S. 27.

Digitized by Google

ganze Geſchäft keine venditio ſei; ſonſt könnte von einer accessio temporis aus der Perſon des Käufers, die in der gleichen Stelle behandelt wird, keine Rede ſein. Vielmehr bezieht ſich dieſer Schlußſatz nur auf die redhibitio und will ſagen, daß bei der actio redhibitoria accessio temporis ſtattfindet, entſprechend einem zweiten (Rück-) Kaufgeſchäft; dieſe redhibitio iſt daher venditio nicht proprie, ſondern nur gewiſſermaßen. Dazu ſtimmt allerdings 'quoniam' wenig, aber dieſes beruht, wie ſchon Cujacius[138]) angenommen hat, auf einem Schreibfehler und es iſt 'quamquam' zu leſen. Die Verſchreibung iſt um ſo leichter erklärlich, als bereits ein 'quoniam' kurz vorhergeht.[139]) Ferner können die Vertreter der rückwirkenden Kraft die Zuſtändigkeit der Kontraktsklage nicht erklären. Woher eine actio ex vendito, wenn ein Kontrakt überhaupt nicht vorlag?[140]) Und wie will man dann den Umſtand erklären, daß der Verkäufer arrha und Anzahlungen behält?

Auf die Anſicht derer, die überhaupt kein Eigenthum auf den Käufer übergehen laſſen, iſt nicht wieder zurückzukommen.[141]) Es iſt nur noch kurz auf die Meinung hinzuweiſen, es ſei der Käufer nur obligatoriſch zur Herausgabe der Sache verpflichtet. Dem widerſpricht die ganze obige hiſtoriſche Entwickelung und die Geſtaltung, die die Reſolutivbedingung im juſtinianiſchen Recht gefunden hat; vergl. fr. 8 h. t.,[142]) c. 1[143]) und 4[144]) de pact. int. emt. et vend. (4, 54), fr. 41[145]) de R. V. (6, 1). Nun wird aber von den Vertretern dieſer Anſchauung ſtets geltend gemacht, daß in den meiſten Quellenſtellen nur von einer actio venditi die Rede iſt; das iſt aber ganz

[138]) ad tit. de usurp. leg. si hominem. I S. 980 E.

[139]) Bechmann, II, 1 S. 515[1].

[140]) Vergl. außer dem oben (Anm. 129) angeführten fr. 4 pr. h. t. noch beſonders fr. 6 § 1 de contr. emt. (18,1): — nec conturbari debemus, quod inemto fundo facto dicatur actionem ex vendito futuram esse: in emtis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est, et cum lege id dictum sit, apparet hoc duntaxat actum esse, ne venditor emtori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non ut omnis obligatio emti et venditi utrique solveretur.

[141]) Vergl. S. 4.

[142]) Unten § 13.

[143]) Unten § 14.

[144]) Unten § 15.

[145]) Oben § 5.

Digitized by Google

natürlich. Denn der Verkäufer wird, da er doch außerdem die Früchte noch mit der actio venditi fordern muß, vorziehen, diese Klage auch auf die Sache selbst anzustellen, um nicht mit zwei verschiedenen Klagetypen klagen zu müssen; er wird die umständlichere rei vindicatio meist erst geltend machen, wenn sich die Sache bei einem Dritten befindet, und hiervon ist in den angezogenen Fällen nicht die Rede. Dazu kommt wohl noch, daß im klassischen Recht die actio venditi von besonderer Bedeutung war wegen der ein- bezw. zweijährigen Usukapion, welche die rei vindicatio ausschloß. Vergl. S. 12.

e) Voraussetzungen und Wirkungen des Ausfalls der Resolutivbedingung.

§ 11.

I. Die Bedingung ist ausgefallen:

1. bei rechtzeitigem Preisangebot des Käufers, ohne daß der Verkäufer es annimmt, falls nicht der Verkäufer bezw. seine Erben sich noch vor Ablauf der Frist zur Annahme bereit erklären, in welchem Falle das S. 27 Gesagte zutrifft;

2. bei Verzicht des Verkäufers auf die Geltendmachung der lex commissoria, und ein solcher liegt darin, daß er nach Ablauf der Frist

a) den Kaufpreis ganz oder theilweise annimmt,[146])

b) auf den Kaufpreis oder Zinsen klagt.[147])

II. Mit dem Augenblick, wo der Ausfall der Bedingung feststeht, ist jeder Rückfall ausgeschlossen; der Käufer hat nunmehr das Eigenthum unwiderruflich.

2) Quelleninterpretationen.[148])

a) fr. 38 ad leg. Falc. (35, 2).

§ 12.

Hermogenianus libro primo iuris epitomarum:

Statuliber heredis non auget familiam. Communes servi in utriusque patrimonio connumerantur. Cuius ususfructus alienus

[146]) fr. 6 § 2 h. t.: post diem lege commissoria comprehensum venditor partem reliquae pecuniae accepit. respondit (sc. Scaevola), si post statutum diem reliquae pecuniae venditor legem dictam non exercuisset et partem reliqui debiti accepisset, videri recessum a commissoria.

[147]) fr. 7 h. t.: post diem commissoriae legi praestitutum si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatum videtur. nec variare et ad hanc redire potest; vergl. auch c. 4 de pact. int. emt. et vend. (4,54) unten in § 15.

[148]) Vergl. auch c. 3 de pact. int. emt. et vend. (4,54) in § 6.

Digitized by Google

est, in dominio domini proprietatis connumeratur, pignori dati in debitoris, sub lege commissoria distracti, item ad diem addicti in venditoris.

Die Stelle gehört, wie man jetzt allgemein annimmt, zu den leges fugitivae. Den epitomae iuris von Hermogenian entnommen, iſt ſie von den Kompilatoren unter den Titel ad leg. Falcid. geſtellt. Aus welchem Grunde, iſt nicht ganz klar, wahrſcheinlich, weil ſie durch die Ausdrucksweiſe des principium verleitet waren.[149]) Schon die Gloſſatoren haben ſich vergeblich abgemüht, ſie in vernünftigen Zuſammenhang mit der lex Falcidia zu bringen. So nimmt denn

1) die Gloſſe[150]) Folgendes an: der Statuliber ſei zwar im Eigenthum des Erben; das ſtehe ja nach fr. 9 pr. de statulib. (40,7) unzweifelhaft feſt: statuliberum medio tempore servum heredis esse nemo est qui ignorare debeat; aber dies fände auf die lex Falcidia keine Anwendung, was die Subſtanz des Sklaven betrifft, wohl aber werde das 'compendium medii temporis' eingerechnet. Zum zweiten und dritten Satz macht die Gloſſe gar keine, zum vierten eine unweſentliche Bemerkung. Dagegen erklärt ſie den letzten Satz: 'sub lege commissoria distracti, item ad diem addicti in venditoris' dahin, daß hier ein Ausnahmefall vorläge, bei dem man anzunehmen habe, daß entweder auf den Käufer nur eine precaria possessio übergegangen ſei, oder hier vereinzelt die lex commissoria und in diem addictio als Suſpenſivbedingung aufzufaſſen ſeien.

2) Voorda[151]) hat zuerſt die Lehre aufgeſtellt, daß die Stelle ſich gar nicht auf die lex Falcidia beziehe, ſondern von der lex Fufia Caninia ſpreche. Ganz beſonders wahrſcheinlich wird dieſe Annahme, wenn wir uns vergegenwärtigen, in welchem Zuſammenhang dieſe Worte Hermogenians in ſeinen epitomae vorkommen. Bezögen ſie ſich auf die lex Falcidia, ſo hätte die Stelle urſprünglich im 4. Buche geſtanden, wo 'de legatis' gehandelt wird;[152]) ſtatt deſſen ſtand ſie im 1. Buche unter dem Titel 'de statu personarum'.[153]) Die lex

[149]) So auch Schulin, Reſolutivbedingungen S. 144.

[150]) Glossa ad h. l.

[151]) Commentar. ad leg. Falc. S. 142: 'non scripsit ille occasione Falcidiae legis, sed Fusiae Caniniae, quae modum statuit manumissionibus testamentariis.'

[152]) Lenel, Palingenesia I S. 273.

[153]) Lenel a. a. O. S. 266.

Digitized by Google

Fufia Caninia beſchränkte die Freilaſſung von Sklaven in Teſtamenten.[154]) Ueber den Zweck der lex Fufia Caninia ſagt Sueton, Auguſtus 40: magni praeterea existimans sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum et civitatem Romanam parcissime dedit et manumittendi modum terminavit. — — servos non contentus multis difficultatibus a libertate et multo pluribus a libertate iusta removisse, cum et de numero et de condicione ac differentia eorum qui manumitterentur curiose cavisset. hoc quoque adiecit, ne vinctus umquam tortusve quis ullo libertatis genere civitatem adipisceretur. Alſo möglichſte Beſchränkung der teſtamentariſchen Freilaſſungen! Bei Gaius a. a. O. finden ſich lediglich Zahlenangaben über die Höhe der zuläſſigen Freilaſſungen. Da man aber das Geſetz auf alle Weiſe zu umgehen ſuchte,[155]) ſo giebt hier Hermogenian folgende Regeln für zweifelhafte Fälle: eingerechnet werden ſoll nicht ein Statuliber, den der Erblaſſer beſaß, dagegen ſind ganz einzubeziehen: 1) ſolche, an denen er nur Miteigenthum hatte, 2) ſolche Sklaven, an denen andere Uſusfrukt haben, an denen ihm aber das Eigenthum zuſtand, 3) verpfändete, 4) sub lege commissoria verkaufte und in diem addizirte, d. h. ſolche, an denen er nur quiritariſches Eigenthum beſaß. Daß dies nur für die nächſten zwei Jahre nach dem Kaufabſchluß gelten konnte, haben wir oben geſehen. Da die lex Fufia Caninia den oben gekennzeichneten Zweck hatte, iſt es kein Wunder, daß Hermogenian ſie auch auf dieſe Fälle ausdehnte. Darum haben auch Schulin[156]) und Erman,[157]) die dieſe Stelle zum Beweiſe für ihre Behauptung anführen, daß auf den Käufer bei der lex commissoria und in diem addictio kein Eigenthum übergehe, dieſen Beweis hiermit keineswegs erbracht.

[154]) Gaius II, 42ff.; Ulpian regulae I, 24ſ.; Paulus, sententiae IV, 14.

[155]) Vergl. Gaius I, 46: nam et si testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt, quia lex Fufia Caninia, quae in fraudem eius facta sint, rescindit. Sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea, quae in frandem eius legis excogitata sunt.

[156]) Reſolutivbedingungen S. 148.

[157]) Zeitſch. f. Rechtsgeſch. XIII S. 204.

Digitized by Google

b) fr. 8 de lege comm. (18, 3).

§ 13.

Scaevola libro septimo digestorum: mulier fundos Gaio Seio vendidit et acceptis arrae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae: quibus si non paruisset emtor, pactus est, ut arram perderet et inemtae villae essent. die statuto emtor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere (et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit), defuisse autem venditricem, posteriore autem die nomine fisci testato conventum emtorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret, quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditoris (venditionis? Mommsen). respondit secundum ea quae proponerentur non commisisse in legem venditionis emtorem.[158])

Eine Frau verkaufte dem Gaius Seius Grundstücke, erhielt eine arra, und zugleich wurde unter Verwirkungsklausel der Zahltag für den Rest der Kaufschuld verabredet. Am Zahltag wollte der Käufer den Rest zahlen, die Verkäuferin war aber nicht zu finden, und so gebrauchte er die Vorsicht, seine Bereitschaft von Zeugen bestätigen zu lassen, legte das Geld in einen Sack und ließ diesen von den Zeugen versiegeln.[159])[160]) Am folgenden Tag legte der Fiskus Beschlag auf die Forderung und verbot dem Drittschuldner, der mulier zu zahlen, bevor die Schuld an den Fiskus berichtigt sei. Es fragte sich, ob nun die Verwirkungsklausel eingetreten sei, und die Verkäuferin vindiziren könne, trotzdem daß der Käufer alles Erforderliche gethan hatte. Dies verneint Scaevola mit Recht.[161]) Dabei spricht er von 'vindicari', womit die Möglichkeit dinglicher Wirkung unzweideutig ausgesprochen wird.[162])

[158]) Vergl. Glossa ad h. l.

[159]) Daß hier die Hinterlegung beim Käufer selbst erfolgte, weist nach J. Kohler, Annahme und Annahmeverzug in Iherings Jahrb. XVII, N. F., V, S. 306 f. Die Nothwendigkeit gerichtlicher Hinterlegung nahm an Voet, com. ad Pand. h. t. § 5.

[160]) Aehnlich auch c. 7 de pact. int. emt. et vend. (4, 54): — sed si se subtrahat, ut iure dominii eandem rem retineat, denuntiationis et obsignationis depositionisque remedio contra fraudem potes iuri tuo consulere.

[161]) Vgl. auch oben S. 26.

[162]) So auch Thibaut, civil. Abhandl. S. 374 f.; Glück, XVI S. 280 ff.; Vangerow I § 96, 2d; Ihering in sein. Jahrb. X S. 571.

Digitized by Google

c) c. 1 de pact. int. emt. et vend. (4, 54).

§ 14.

Imp. Antoninus A. Claudiae Diotimae: Si ea lege praedium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtrix arras perderet et dominium ad te pertineret, fides contractus servanda est.

Auch diese Stelle kommt hier in Betracht wegen des Ausdrucks 'dominium ad te pertineret'; es heißt nicht etwa 'restitueretur', 'redhibitio fieret' oder ähnlich; hieraus geht hervor, daß das Eigenthum dem Verkäufer von selber gehören und keine Rückübertragung nöthig sein sollte; der Sprachgebrauch war aber z. B. des Caracalla noch sehr genau.

d) c. 4 de pact. int. emt. et vend. (4, 54).

§ 15.

Idem (imperator Alexander) A. Claudio Juliano et Proculiano: commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

Hiernach kann derjenige Verkäufer, der nach dem Zahlungstermin auf die Zinsen des Kaufpreises klagt, die lex commissoria nicht mehr geltend machen, weil in jener Klage ein Verzicht darauf zu erblicken ist. Die Worte 'vindicationem rei eligere' bezeugen den dinglichen Rückfall. Auch hier ist der ursprüngliche Sinn der Stelle dahin zu fassen, daß von der Vindikation des quiritarischen Eigenthümers die Rede ist.

Wie sich diese c. 4 und die im vorigen § behandelte c. 1 zur c. 3 h. t. verhalten, darüber s. oben § 6.

b. Die Verwirkungsklausel bei Sklavenverkäufen.

1) Theoretische Erörterung.

§ 16.

Wenn ich oben[168]) erwähnte, daß bei der mancipatio die Beifügung von Resolutivbedingungen unstatthaft war, also von einer dinglichen Wirkung bei Eintritt einer bestimmten juristischen Thatsache keine

[168]) Vergl. S. 7 ff.

Digitized by Google

Rede sein konnte, so findet sich hiervon jedoch bei den Sklavenverkäufen eine ganz unwiderlegliche Ausnahme.[164])[165]) Aber alles deutet darauf hin, hierin lediglich eine Besonderheit zu erblicken. Die Sklavenverkäufe gewähren uns einen Einblick in die damaligen Sklavenverhältnisse in Rom:[166]) einerseits zeigte sich das Bedürfniß, die Sklaven menschenwürdiger zu behandeln, andererseits sah man sich zu härteren Maßregeln genöthigt, um die Herren gegen die großen Gefahren zu schützen, die sich ergaben, wenn sie einen mißliebigen Sklaven verkauften, und dieser sich in ihrer Nähe aufhielt. Demgemäß stellen sich die Nebenbestimmungen bei Sklavenverkäufen[167]) dar

1) als Bestimmungen zum Vortheil der Sklaven: ne prostituatur, ut manumittatur, ut liber sit, ne poenae causa exportaretur, ne aliam servitutem quam Seii pateretur et post mortem eius in libertate moraretur;[168])

2) als Bestimmungen zu ihrem Nachtheil: so die den Aufenthalt beschränkenden Klauseln: ut exportetur, ne aliquo loci moretur und die Abrede, ne manumittatur.

1. a) Die Bestimmung 'ne prostituatur' war mit ganz besonderer Kraft ausgestattet, indem sie, einmal gesetzt, der Verfügung der Parteien entzogen war und daher auch fortbestand, wenn die Sklavin wieder in das Eigenthum des Verkäufers zurückkam.[169])

[164]) Bechmann II, 1 S. 502 meint, die manus iniectio beim Sklavenverkauf gehöre nicht in diesen Zusammenhang, es handle sich hier nur um eine Strafe, von einer Rückgängigmachung des Kaufs sei keine Rede. Wenn nun auch von Rückgängigmachung des Kaufs keine Rede sein kann, so findet diese doch auch bei der Resolutivbedingung nicht statt; die dingliche Wirkung aber wird hier, wie bei der Resolutivbedingung, rückgängig gemacht, d. h. das Eigenthum in dritter Hand aufgelöst. Hierin besteht die Besonderheit; ob der Grund ein strafrechtlicher ist, kommt nicht in Betracht; man kann ja auch bei der lex commissoria von Strafe sprechen, namentlich wenn der Käufer arra und Anzahlungen verliert.

[165]) Vergl. auch Jhering in seinen Jahrb. X S. 546f.

[166]) Bechmann I S. 281.

[167]) Eine ausführlichere Darstellung der resolutiv bedingten Sklavenverkäufe erschien mir bei der Behandlung in Bechmann, Kauf I S. 281 ff., II S. 388 ff. überflüssig.

[168]) fr. 10 de serv. export. (18,7).

[169]) fr. 10 § 1 de in ius voc. (2,4), vergl. darüber unten § 21; fr. 7 qui sine manum. (40,8).

Digitized by Google

Bei Uebertretung der Klausel kam es darauf an, ob über die Folgen etwas ausgemacht war oder nicht; letzterenfalls wurde die Sklavin von selbst frei, wobei dann der jeweilige Eigenthümer das Patronatsrecht verlor.[170]) Der Verkäufer konnte sich aber auch die manus iniectio ausbedungen haben: Hier fiel das Eigenthum an ihn zurück. Machte er aber seine Rechte nicht geltend, so wurde die Sklavin wiederum frei,[171]) weil sonst der Grundsatz der Unwiderruflichkeit jener Klausel bedeutungslos gewesen wäre.

b) Bei der Klausel 'ut manumittatur' war die Wirkung nicht so stark; denn der Verkäufer konnte widerrufen, allerdings nicht mehr seine Erben.[172])

Bei der Bestimmung: 'ut post mortem Seii in libertate moraretur' verneinte noch Hadrian die Wirkung, daß der Sklave von selbst ohne manumissio frei würde; erst Mark Aurel erkannte sie an.[173]) Dem entsprechend haben Alexander Severus und Gordian den Grundsatz aufgestellt, daß bei Verzögerung der Freilassung die Freiheit überhaupt von selbst eintritt.[174])

Der Grund solcher Bestimmungen ist leicht einzusehen; man wollte solche Sklaven, die dem Eigenthümer als natürliche Verwandte oder aus sonstigen Gründen besonders theuer waren, gegen Willkürlichkeiten schützen.

2. Die Bestimmungen zum Nachtheil der Sklaven — ut exportetur, ne aliquo loci moretur — wurden zum Vortheil des Verkäufers getroffen. Daher konnte diese Bedingung durch die Parteien nachträglich aufgehoben werden und erlosch, wenn der Sklave in das

---

[170]) fr. 10 § 1 de in ius voc. (2,4); also Verlust des Patronatsrechts zur Strafe, ähnlich wie nach der lex Aelia Sentia das Patronatsrecht verloren wurde, wenn jemand die Freigelassene zwang, nicht zu heirathen, fr. 6 pr., § 3, fr. 15 de iure patron. (37,14).

[171]) c. 1 si manc. (4,56); fr. 7 qui sine manum. (40,8): hier liegt der Fall so, daß der Veräußerer die manus iniectio einem andern verkauft, der dann die Sklavin entehren soll; dies ist natürlich keine richtige Geltendmachung der manus iniectio, und daher tritt Freiheit ein.

[172]) fr. 3 qui sine manum. (40,8), c. 1 si manc. ita (4,57). In fr. 1 qu. sine manum. (40,8) ist mit Mommsen statt 'venditor' 'emtor' zu lesen.

[173]) fr. 10 de serv. export. (18,7).

[174]) c. 4 si manc. ita (4,57).

Digitized by Google

Eigenthum des Verkäufers zurückkam.[175]) Es scheint sich hier meist um gemeingefährliche Menschen gehandelt zu haben: so spricht Papinian an der erwähnten Stelle von pericula venditorum bezw. securitas domini. Auch [der Interpret] Cujacius (in lib. V quaest. Pauli ad leg. IX de serv. export., V. S. 977) faßte so den Zweck dieser Bestimmungen auf: 'vel propter securitatem, quia sibi ab eo servo timeret, ne quod is sibi crearet periculum, vel quia oculi sui conspectum eius servi ferre non poterant vel qua alia ratione'. Schon die lex Aelia Sentia traf derartige Bestimmungen, wie Gaius[176]) berichtet. Hiernach wurden die in Rom oder im nächsten Umkreis betroffenen freigelassenen Dediticii öffentlich verkauft mit der Klausel, 'ut ne in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium serviant neve unquam manumittantur'; sollte die manumissio trotzdem vollzogen werden, 'servi populi Romani esse iubentur; et haec ita lege Aelia Sentia comprehensa sunt'.

Auch bei diesen, den Aufenthalt beschränkenden Klauseln, wurde unterschieden, ob etwas über die Folgen bestimmt war oder nicht: war nichts bestimmt, so konnte der Fiskus den Sklaven mit Beschlag belegen; hatte sich der Verkäufer jedoch das ius abducendi oder die manus iniectio vorbehalten, so konnte er, solange der Sklave noch Sklave war, Hand auf ihn legen und das Eigenthum zurückziehen: war er aber freigelassen, so trat auch in diesem Fall der Fiskus ein, da eine manus iniectio gegen einen Freien unzulässig war;[177]) der Fiskus trat auch dann ein, wenn der Verkäufer von der manus iniectio keinen Gebrauch machte.[178])

Immer aber ist zum Eintritt der Resolutivbedingung erforderlich, daß der Sklave sich mit Willen des jeweiligen Eigenthümers an dem

---

[175]) Vergl. Papinian in Vat. fr. 6, welche Stelle auch von Ulpian in fr. 1 de serv. export. (18, 7) citirt wird.

[176]) I, 25–27.

[177]) Vergl. c. 3 si serv. export. (4,55); ferner c. 1 eod. (unten § 19) und Vat. fr. 6 (unten § 18).

[178]) c. 2 si serv. export. (4,55): si, ut manus iniectionem haberes, cavisti tibi, iure tuo uti potes. quod si hoc omisisti et poenam stipulatus es, homo quidem fisco commissus est, tu vero nactus ex stipulato actionem. in omnibus tamen quaeritur, an domini voluntate in locum prohibitum venerit.

Digitized by Google

unterſagten Orte aufhält,[179]) nicht etwa als Flüchtling. Hiervon unten bei der Beſprechung von fr. 9 de serv. export. (18, 7) in § 17.

Die Klauſel 'ne manumittatur' machte überhaupt jede Freilaſſung rechtlich unmöglich; durch die Vornahme der Manumiſſion wurde der Sklave lediglich Eigenthum des Fiskus.[180]) Von einer manus iniectio in dieſem Falle ſprechen die Quellen nicht: denn durch die manumissio verlor der Freilaſſer ſofort das Eigenthum: dies ging dann von ſelbſt auf den Fiskus über.

2) Quelleninterpretationen.

a) fr. 9 de serv. export. (18, 7).

§ 17.

Paulus libro quinto quaestionum: Titius servum vendidit ea lege, ut, si Romae moratus esset, manus inicere liceret: emtor alii eadem lege vendidit: servus fugit a secundo emtore et Romae moratur: quaero, an sit manus iniectio et cui. respondi: in fugitivo non est dubitandum nihil contra legem factum videri, quia nec domino auferre se potest nec qui in fuga est ibi moratur. quod si ex voluntate secundi emtoris contra legem moratus sit, potior habendus est qui auctor fuit legis, et posterior magis admonendi emtoris et liberandi se eandem legem repetierit nec poterit aliquo modo auferre legem sui venditoris cuius condicio exstitit: nam et si poenam promisisset, tenetur, licet ipse quoque stipulatus esset: sed in poena promissa duae actiones sunt, manus autem iniectio in servum competit. quod si prior ita vendidit, ut prostituta libera esset, posterior, ut manus inicere liceret, potior est libertas quam manus iniectio. plane si prior lex manus habeat iniectionem, posterior libertatem, favorabilius dicetur liberam fore, quoniam utraque condicio pro mancipio additur et sicut manus iniectio, ita libertas eximit eam iniuriam.

Es wird die Frage behandelt, wie es zu halten iſt, wenn ein Sklave von dem Käufer an einen zweiten Käufer veräußert worden

[179]) Bez. Roms: fr. 9 de serv. export. (18,7) (vergl. unten § 17); bez. einer beſtimmten civitas Vat. fr. 6; bez. ganz Italiens fr. 7 de serv. export. (18, 7).

[180]) Vergl. vor allem Gaius I § 27; fr. 4 § 9 de manumiss. (40,1); fr. 9 § 2 qui et a quib. (40,9); c. 5 pr. si mancip. ita (4,57).

Digitized by Google

ist, und sowohl der erste Verkäufer wie der zweite Verkäufer Abreden an den Verkauf geknüpft haben. Diese Frage wird an zwei Fällen erläutert und zwar:

1. Verkäufer 1 und Verkäufer 2 veräußern beide unter der Abrede, ut, si Romae moratus esset (sc. servus), manus inicere liceret;

2. Verkäufer 1 verkauft eine Sklavin mit der Klausel, ut prostituta libera esset; Verkäufer 2: ut manus inicere liceret.

1. Fall.

a) Der Sklave entflieht dem zweiten Käufer und hält sich in Rom auf. Die Klausel tritt nicht ein, da der Sklave nicht mit Einwilligung des Herrn sich in Rom aufhält und er sonst die Möglichkeit hätte, sich seinem jetzigen Herrn zu entziehen.[181]) Auch sonst nimmt das römische Recht an, daß der Sklave dem Eigenthümer den Besitz an sich selbst nicht entziehen kann, so fr. 13 pr. de aquir. poss. (41, 2)[182]) und fr. 15 eod.;[183]) vergl. auch Cujacius in libro V. quaestionum Pauli ad h. l., V S. 977 f.

b) Wie aber, wenn der Sklave sich mit Willen des zweiten Käufers in Rom aufhält? Hier ist die Zulässigkeit der manus iniectio sicher; es frägt sich nur, wem sie zusteht. Paulus entscheidet sich für den ersten Verkäufer, weil die Abrede dingliche Wirkung hat, und diese durch den zweiten Verkäufer nicht aus der Welt geschafft werden kann. Er nimmt an, daß die Abrede des zweiten Verkäufers nur getroffen ist, um den zweiten Käufer zu warnen und sich selbst gegen Regreß wegen Entwährung zu schützen. Um dies näher zu erklären, setzt er den Fall, daß der erste Käufer eine Konventionalstrafe versprochen hat und sie sich von dem zweiten wiederum versprechen läßt; auch hier bleibt die erste Konventionalstrafe bestehen, wenn auch die zweite natürlich ebenso gültig ist: bei der manus iniectio ergibt sich dann allerdings der Unterschied, daß, während mehrere Konventionalstrafen neben einander bestehen können, die manus iniectio nur einmal möglich ist: hierbei

[181]) Vergl. c. 2 si serv. export. (4,55) gegen Ende, citirt in Anm. 178.

[182]) — namque fugitivus ideirco a nobis possideri videtur, ne ipse nos privet possessione — —

[183]) — sed si is qui in potestate nostra est, subripuerit, quamdiu apud ipsum sit res, tamdiu non amittimus possessionem, quia per huius modi personas adquiritur nobis possessio . et haec ratio est, quare videamur fugitivum possidere.

Digitized by Google

hat dann der erste Verkäufer den Vorzug, da er sein Recht nicht verlieren kann.

2. Fall.

Beide veräußern mit der Klausel 'ne prostituatur';

a) der erste Verkäufer bedingt aus, 'ut libera sit', der zweite 'ut manus iniectio sit'. Hier geht naturgemäß die erste Klausel vor kraft ihrer dinglichen Wirkung, ganz abgesehen von der causa favorabilis;

b) der erste Verkäufer bedingt aus, 'ut manus iniectio sit', der zweite 'ut libera sit'; hier sollte eigentlich auch die erste Klausel vorgehen wegen ihrer dinglichen Wirkung;[184]) der Jurist nimmt aber hier an, daß die libertas causa favorabilis[185]) ist und vorgeht, umsomehr, weil der Hauptzweck auch durch die libertas erreicht wurde.

b) Vat. fragm. 6.[186])

§. 18.

Mulier servam ea lege vendidit, ut, si redisset in eam civitatem, unde placuit exportari, manus iniectio esset. Manente vinculo servitutis si redierit, quae vendidit manum iniciet et ex iure concesso mancipium abducet. Post manumissionem autem si redierit, in perpetuam servitutem sub eadem lege publice distrahetur. Quae vendidit si manum iniecerit non liberatae, mancipium retinere poterit ac manumittere; adimi quippe libertatem et publice venditionem ita fieri placuit propter pericula venditorum, qui vel metuentes servis suis offensam vel duritiam possunt poenitendo remittere.

Eine Frau hat eine Sklavin verkauft mit dem Verbot der Rückkehr in die civitas und der Abrede der manus iniectio für den Fall der Uebertretung. Es werden nun zwei Fälle unterschieden:

1. Die Sklavin kehrt als Sklavin zurück: hier steht der Frau die manus iniectio ohne weiteres zu. Einer Freilassung Seitens der

[184]) Dies bestätigt auch fr. 56 de contr. emt. (18,1): si quis sub hoc pacto vendiderit ancillam, ne prostituatur et, si contra factum esset, uti liceret ei abducere, etsi per plures emtores mancipium cucurrerit, ei qui primo vendit, abducendi potestas fit, auch fr. 6 qui sine manum. (40,8), wo mit Mommsen das erste 'obligatum' zu streichen ist.

[185]) Vergl. fr. 10 § 1 de manum. test. (40,4), fr. 14 eod.

[186]) Ulpian führt offenbar diese Stelle in fr. 1 de serv. export. (18,7) an.

Frau liegt dann nichts im Wege, weil die Klausel durch die Rückkehr der Sklavin in das Eigenthum der Verkäuferin hinfällig geworden ist; denn sie war nur zu ihrem Vortheil gegeben.

2. Die Sklavin kehrt als Freie zurück; hier wird ihr von Staatswegen die Freiheit entzogen, und sie öffentlich verkauft, da die Verkäuferin eine manus iniectio gegen eine Freie nicht mehr ausüben kann. In diesem Fall vermag die Verkäuferin, da die Sklavin dem Fiskus gehört, die Bedingung nicht mehr rückgängig zu machen, und sie kann daher die Sklavin nicht freilassen.

c) c. 1 si serv. export. (4, 55).

§ 19.

Lege venditionis exportata mancipia sub denuntiatione manus iniciendae libertatem ab emtore, vel qui successit in locum eius, antequam fides rumpatur, accipere possunt. Quae tamen fisco post manumissionem vindicantur et in perpetuam servitutem eadem lege veneunt, cum in his civitatibus conversantur, quas contrahentes exceperant. Ante manumissionem iniciendae manus facultas non denegatur atque ideo non petuntur in publicum.

Der Fall hat große Aehnlichkeit mit dem eben nach Vat. fragm. 6 erörterten. Mehrere Sklaven sind mit der Klausel 'ut exportentur' verkauft; für den Fall ihrer Rückkehr in die betreffenden civitates hat sich der Verkäufer die manus iniectio ausbedungen.[187]) Die Sklaven kehren nun in der That an einen der untersagten Orte zurück. Es werden zwei Fälle auseinander gehalten:

1) Die Sklaven werden vom Käufer oder einem Rechtsnachfolger manumittirt und kehren dann zurück. Hier kann von einer manus iniectio des Verkäufers keine Rede sein, da er an einem Freien die manus iniectio nicht ausüben darf. Es tritt also die stellvertretende Beschlagnahme durch den Fiskus ein, der sie unter derselben Abrede 'ut exportentur', aber nun in perpetuam servitutem verkauft. Kämen die Sklaven dann nochmals mit Willen ihres jeweiligen Eigenthümers zurück, so fände abermalige Beschlagnahme und Verkauf durch den Fiskus statt. Natürlich kann hier nur an eine Rückkehr in ihrer Eigenschaft als Sklaven gedacht werden, da eine weitere manumissio durch

[187]) So ist wohl 'sub denuntiatione manus iniciendae' zu verstehen.

Digitized by Google

die Art des Verkaufs — in perpetuam servitutem[188]) — ausgeschlossen ist.

2) Die Sklaven kehren als Sklaven — also ohne Freilassung — mit Wissen und Willen ihres jeweiligen Eigenthümers zurück. Hier steht der manus iniectio des Verkäufers nichts entgegen; eine Beschlagnahme durch den Fiskus tritt hier nicht ein.

d) fr. 4 de serv. export. (18, 7).

§ 20.

Marcellus libro vicesimo quarto digestorum: si minor viginti annis servum tibi in hoc vendiderit et tradiderit, ut eum manumitteres, nullius momenti est traditio, quamquam ea mente tradiderit, ut, cum viginti annos ipse explesset, manumitteres; non enim multum facit, quod distulit libertatis praestationem: lex quippe consilio eius quasi parum firmo restitit.

Nach der Bestimmung der lex Aelia Sentia konnte ein Herr unter 20 Jahren einen Sklaven nicht freilassen außer vindicta und 'apud consilium iusta causa manumissionis adprobata'.[189]) Dies hätte man dadurch umgehen können, daß man den Sklaven mit der Abrede 'ut manumittatur' verkaufte, so daß er dann nach der Bestimmung Mark Aurel's von selbst frei wurde. Darum entscheidet Marcellus, daß ein solches Geschäft nichtig ist, selbst dann, wenn der Sklave manumittirt werden soll, nachdem der Verkäufer über 20 Jahre alt geworden ist; denn dieser Aufschub kommt nicht in Betracht, da das Gesetz davon ausgeht, daß der 20jährige noch nicht die nöthige Besonnenheit, 'consilium quasi parum firmum', zur Freilassung besitzt und daher auch nicht mit einem Aufschub freilassen kann.

e) fr. 10 § 1 de in ius voc. (2, 4).

§ 21.

Ulpianus libro quinto ad edictum: ..... Prostituta contra legem venditionis venditorem habebit patronum, si hac lege venierat, ut si prostituta esset, fieret libera. at si venditor, qui manus iniectionem excepit, ipse prostituit, quoniam et haec pervenit ad

[188]) Vergl. Gaius I § 27.
[189]) Gaius I § 38.

Digitized by Google

libertatem, sub illo quidem, qui vendidit, libertatem consequitur, sed honorem haberi ei aequum non est, ut et Marcellus libro sexto digestorum existimat.

Jemand hat eine Sklavin verkauft unter der Abrede, daß sie nicht entehrt werden solle; es konnte nun damit verbunden sein die Bestimmung,

a) daß sie im Uebertretungsfalle frei sein sollte,

b) daß dem Verkäufer eine manus iniectio zustehe.

Im Falle a) wurde sie frei; Patron wurde dann der Verkäufer, nicht der Eigenthümer.

Im Falle b) bleibt, wenn sie der Verkäufer wieder erwirbt, die Abrede 'ne prostituatur' bestehen; wenn daher der Verkäufer selbst dagegen verstößt, so wird die Sklavin frei in entsprechender Anwendung des oben angeführten Grundsatzes, wonach subsidiär die Freiheit eintritt, wenn der Verkäufer von der manus iniectio keinen Gebrauch macht, darum nämlich, weil der Verkäufer zwar von der manus iniectio Gebrauch gemacht hat, aber nicht, um die Sklavin zu schützen, sondern um sie zu entehren.

II. Die in diem addictio beim Kaufvertrag.[190])

a. Theoretische Erörterung.

1) Begriff der in diem addictio.

§ 22.

In diem addictio ist die einem Kaufvertrag beigefügte Nebenabrede, wonach der Verkäufer berechtigt sein soll, das Geschäft aufzulösen, falls innerhalb bestimmter Zeit ein besseres Angebot erfolgt. Die in diem addictio kann als Suspensiv- wie als Resolutivbedingung aufgefaßt werden.[191]) Während bei der lex commissoria Ulpian unzweideutig erklärt, daß in Zweifelsfällen eine Resolutivbedingung angenommen werden solle, wurde bezüglich der in diem addictio die Streitfrage nie entschieden. Ursprünglich scheint man in der in diem addictio nur eine Suspensivbedingung gesehen zu haben; dieser Meinung trat dann Julian entgegen, der sich zu Gunsten der Resolutivbedingung aussprach:[192]) 'si in diem addictio facta sit, id est, nisi si quis

[190]) Vergl. de Senarclens, étude sur l' in diem addictio in dem recueil publié par la Faculté de Droit de Lausanne. 1896, S. 243ff.

[191]) Vergl. de Senarclens a. a. O., S. 249ff.

[192]) fr. 2 § 4 pro emt. (41,4).

Digitized by Google

meliorem condicionem attulerit, perfectam esse emtionem et fructus emtoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam; ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.' Aus den letzten Worten geht hervor, daß auch Paulus, von dem die Stelle herrührt, der Meinung Julian's beigetreten ist. Ulpian erklärt die Absicht der Parteien für maßgebend.[193]) [194])

Wie es aber zu halten ist, wenn die Absicht der Parteien nicht zu erkunden ist, sagt Ulpian nicht. Man wird jedoch, auf Julian und Paulus gestützt, im Zweifel eine Resolutivbedingung annehmen können. Im folgenden soll nur die resolutive in diem addictio in Betracht kommen.

Die resolutive in diem addictio muß immer ausdrücklich erklärt sein; nur bei fiskalischen Versteigerungen nahm man eine in diem addictio tacita[195]) an. Der Fiskus hatte also das Vorrecht, nach erfolgtem Zuschlag ohne weiteres ein innerhalb der 'tempora .. adiectionibus praestituta'[196]) gemachtes besseres Angebot zu berücksichtigen. Diese Sonderbestimmung galt aber nur für fiskalische Verkäufe; selbst für Gemeindeverkäufe schließt sie die c. 1 (11, 32) ausdrücklich aus.

2) Wirkungen des ersten Kaufabschlusses.

§ 23.

Mit dem Kaufabschluß geht die Gefahr auf den Käufer über; mit der Tradition beginnt die Usukapionsfrist[197]) und das Fruchtziehungsrecht,[198]) der Käufer erwirbt selbständig Accessionen, er erhält

[193]) fr. 2 de in diem add. (18,2): quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emtio, quaestionis est. Et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emtio, quae sub condicione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior condicio offeratur, erit emtio condicionalis.

[194]) Der Titel de in diem add. (18,2) ist im Folgenden mit h. t. citirt.

[195]) c. 4 de fide et iure hastae (10,3); c. 1 de vendend. reb. civ. (11,32); vergl. ferner fr. 50 de iure fisci (49,14), worüber unten im § 28.

[196]) c. 1 (11,32).

[197]) fr. 2 § 1 h. t.: usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere. Vergl. hierüber auch das bei Besprechung der lex commissoria im § 8 Gesagte.

[198]) Vergl. das eben citirte fr. 2 § 1 h. t.: natürlich erhält er auch den Interdiktenschutz, fr. 4 § 4 h. t.

Digitized by Google

das Eigenthum. Dieſe letztere Wirkung iſt bei der in diem addictio weniger beſtritten als bei der lex commissoria. So wird ſie z. B. von Bechmann bei der in diem addictio ohne weiteres angenommen, falls der Kaufpreis gezahlt oder kreditirt iſt; und dies iſt nach ſeiner Meinung in der Regel vorauszuſetzen, während er bei der lex commissoria die Möglichkeit des Eigenthumsüberganges zwar zugiebt, aber meiſt eine Kreditirung für ausgeſchloſſen hält.[199]) Nach meiner Anſicht iſt Zahlung oder Kreditirung, ebenſo wie bei der lex commissoria, nothwendige Vorausſetzung für den Begriff der reſolutiven in diem addictio. Findet ſie nicht ſtatt, ſo iſt nur eine ſuspenſiv bedingte in diem addictio anzunehmen. Dafür ſprechen in erhöhtem Maße die bei der lex commissoria vorgebrachten Gründe,[200]) da bei der in diem addictio noch obendrein von einem Mißtrauen des Verkäufers keine Rede ſein kann. Namentlich halte ich auch hier den Umſtand, daß der Käufer zu uſukapiren beginnt, für ausſchlaggebend.

Wie bemerkt, geht die Gefahr auf den Käufer über, d. h. der Kaufpreis iſt auch dann zu zahlen, wenn die Sache untergeht. Es könnte nun noch von einer Gefahrtragung des Käufers im weiteren Sinne die Rede ſein, falls der Verkäufer auch noch bei zufälligem Untergang oder Verſchlechterung der Sache den Mehrbetrag eines etwaigen beſſeren Angebots mit der actio venditi fordern könnte. Eine derartige weitergehende Gefahrtragung des Käufers findet jedoch nicht ſtatt. Freilich für dolus ſteht er ein, wenn er die Sache böswillig vernichtet oder beſchädigt oder Kauflustige abſchreckt,[201]) auch für culpa (levis), wie aus fr. 14 § 1 h. t. hervorgeht: quo deterior res culpa vel dolo malo eius facta sit.

3) Vorausſetzungen für den Eintritt der Reſolutivbedingung.

§ 24.

Solche ſind

1) ein beſſeres, von einem Dritten innerhalb beſtimmter Zeit gemachtes Angebot[202]) für dieſelbe Sache (objektive Vorausſetzung), und außerdem

[199]) Bechmann II, 1 S. 505, 521.
[200]) Vergl. § 8 S. 23f.
[201]) Bechmann II, 1 S. 517.
[202]) Vergl. de Senarclens, a. a. O. S. 258ff.

Digitized by Google

2) Annahme durch den Verkäufer (subjektive Voraussetzung).

1. a) Ueber das Wesen eines besseren Angebots sprechen die Quellen ausführlich. In der Regel wird darunter eine höhere Summe zu verstehen sein, 'si pretio sit additum'.[203]) Aber auch falls der Bietende einen gleichen Preis verspricht, aber eine leichtere und schnellere Zahlungsart, z. B. Baarzahlung, gilt dies als besseres Gebot, auch ein geeigneterer Zahlungsort. Ebenso ist eine 'persona idoneor' als melior condicio zu betrachten, sofern diese entweder größere Sicherheit bietet oder sonst dem Verkäufer gelegener ist, z. B. in einem näheren Orte wohnt. Ja sogar eine geringere Summe kann unter Umständen als melior condicio erscheinen, weil z. B. der Anbietende weniger schwierige Bedingungen macht oder keine Bürgschaft verlangt; kurz 'quidquid enim ad utilitatem venditoris pertinet, pro meliore condicione haberi debet',[204]) die Vergleichung der beiden Geschäfte erstreckt sich auf ihre Gesammtheit.[205]) Das bessere Gebot muß aber thatsächlich gemacht sein; spiegelt daher der Verkäufer nur das Vorhandensein eines besseren Gebotes vor und verkauft er nun um den gleichen oder einen geringeren Preis, so erhält sich das erste Geschäft.[206]) Ueberhaupt gilt ein in keiner Weise besseres Angebot als gar nicht vorhanden.[207]) Jedoch ist Zahlungsunfähigkeit des Bieters kein Grund, der berechtigte, in seinem Angebot eine melior condicio nicht zu sehen, weil es lediglich im Interesse des Verkäufers gewesen wäre, das Gebot des Bieters abzulehnen.[208])

Auch die Frage wird besprochen, ob eine melior condicio in demselben Angebot mit gleichen Bedingungen zu sehen ist, da ja der Bieter die Früchte der Zwischenzeit zwischen beiden Kaufabschlüssen nicht erhält, sondern der Verkäufer. Doch wird sie verneint.[209])

---

[203]) fr. 4 § 6 h. t.

[204]) fr. 5 h. t.

[205]) Vergl. Bechmann II, 1 S. 506.

[206]) fr. 14 pr. h. t.; fr. 1 § 5 h. t. Natürlich ist hier der Verkäufer auch dem zweiten Käufer trotzdem verpflichtet. Es liegt Verkauf einer fremden Sache vor, der nach römischem Recht gültig ist, vergl. J. Kohler, Gesammelte Abhandlungen S. 224 ff.

[207]) fr. 4 § 5 h. t.; natürlich nur dem ersten Käufer gegenüber.

[208]) fr. 14 § 2 h. t.

[209]) fr. 14 § 5 h. t.

Digitized by Google

Als melior condicio gilt das Angebot auch dann, wenn ein Geschäft mit dem Anbieter nicht vollwirksam ist, sofern es sonst vor dem ersten Kauf Vorzüge hat; so das Gebot:

α) eines Unmündigen,[210])

β) eines Sklaven;[211]) selbst

γ) eines Sklaven, den man für frei hielt; denn das Geschäft ist abgeschlossen, nur in seinen Wirkungen beschränkt. Anders verhält es sich freilich, wenn ich mit dem eigenen Sklaven oder Hausſohn oder dem Sacheigenthümer das zweite Geschäft abschließen wollte; dies kommt hier gar nicht zu Stande, das erste Geschäft bleibt vollwirksam.[210])

In fr. 15 § 1 h. t. ist erörtert, ob darin ein besseres Gebot zu sehen ist, wenn für ein Landgut nach Zufügung weiterer Bestandtheile ein höheres Angebot gemacht wird. Ganz folgerichtig entscheidet Pomponius, es komme darauf an, wie sich der Unterschied der beiden Gebote zu den Zufügungen verhalte: nur wenn die Differenz einen höheren Werth als jene darstellt, gilt das zweite Angebot als besser.

Zur Lehre von dem Wesen der melior condicio gehört auch noch die Frage, die Julian in fr. 17 h. t. behandelt: zwei Sklaven sind jeder zu 10 verkauft worden; nun bietet jemand für beide zusammen 30. Es sind drei Fälle möglich:

α) der Preis eines einzigen ist um 10 erhöht; dann ist der erste Kauf bezüglich des einen Sklaven aufgehoben, bleibt aber bezüglich des andern bestehen;

β) der Preis eines jeden ist erhöht, z. B., wie Julian annimmt, der eines jeden um 5, aber auch z. B. der des einen um 8, des andern um 2; hier wird der ganze erste Kauf rückgängig;

γ) es ist ungewiß, wessen Preis erhöht ist: dann bleibt der frühere Kauf bezüglich beider Sklaven bestehen.

Endlich ist hier auch noch auf eine Entscheidung des Sabinus hinzuweisen, daß es nicht als melior condicio zu betrachten sei, wenn dem zweiten Käufer die Sache abermals in diem addizirt würde,[211]) da ja dem zweiten Käufer damit die Sache nicht unwiderruflich zugeschlagen werde. Nun scheint Sabinus auch keine entgegengesetzte Verabredung zugelassen zu haben; dagegen meint Julian, daß je nach

[210]) fr. 14 § 3 h. t.

[211]) fr. 11 pr. h. t.

Digitized by Google

der Absicht der Kontrahenten eine weitere in diem addictio als zulässig interpretirt werden könne. Man hat vielfach und mit Recht die in diem addictio mit einer Versteigerung verglichen, bei der nur die einzelnen Termine zeitlich auseinander fielen; aber gerade darin ist ein Hauptunterschied zu erblicken, daß bei der in diem addictio im Zweifel nur einmal ein Ueberbieten zulässig ist, dagegen bei der Versteigerung unbegrenzt.[212])

b) Das Angebot muß von einem Dritten gemacht sein. Der Verkäufer darf nicht selbst ein besseres Angebot legen, weil man nicht von sich selber kaufen kann. Eine scheinbare Ausnahme besteht bei Miteigenthümern, die eine Sache mit der Abrede der in diem addictio verkauft haben; hier kann einer der Miteigenthümer ein besseres Gebot für die ganze Sache machen und so (scheinbar) auch seinen Antheil mitkaufen. So Ulpian in fr. 13 § 1 h. t.; allerdings ist diese Auffassung ungenau; in der That kauft ja der Miteigenthümer nicht die ganze Sache, sondern nur die andere Hälfte. Dagegen steht nichts im Wege, daß von mehreren Käufern der eine für die ganze Sache als besserer Käufer auftritt; davon spricht Afrikan in fr. 18 h. t.

Ist ein falsus emtor unterschoben, so bleibt das erste Geschäft bestehen, weil ein zweites gar nicht zustande kommt.[213]) Davon ist der bereits behandelte[214]) Fall zu unterscheiden, wo ein verus emtor aufgetreten ist, aber die melior condicio vorgespiegelt wird. Dem Fall des falsus emtor steht gleich eine Umgehung, indem der Verkäufer mit dem zweiten Käufer ausmacht, er solle ihm die Sache wieder zurückverkaufen. Auch hier ist das Verhältniß so anzusehen, als ob der Verkäufer selbst ein besseres Angebot gemacht hätte, und ein Rückfall findet daher nicht statt.

c) Das Angebot muß für dieselbe Sache erfolgen. Hier besprechen die Quellen verschiedene Fälle. Kann nach Untergang der Hauptsache noch ein besseres Angebot für die Früchte geschehen? Könnten also, wenn die Hauptsache um 20 verkauft ist, nach ihrem Untergang für die Früchte allein noch 21 geboten werden? Dies wird verneint: einmal kann nach Untergang der Sache überhaupt kein Angebot mehr

[212]) Vergl. über einen weiteren Unterschied unten S. 55.
[213]) fr. 4 § 5 h. t.
[214]) Vergl. oben S. 47.

Digitized by Google

erfolgen,[215]) weil eine untergegangene Sache nicht gekauft werden kann, und was die Früchte betrifft, so handelt es sich um eine andere Sache. Anders steht es in dem Fall, daß zwei Sklaven um 20 mit in diem addictio verkauft sind, und einer stirbt; dann kann der Verkäufer ein Angebot, das ihm für den übrig bleibenden Sklaven 25 gewährt, annehmen;[216]) denn wenn auch ein Theil des Kaufobjektes untergegangen ist, so ist doch der übrig bleibende Theil noch dieselbe Sache.[217])

d) Das Angebot muß innerhalb einer bestimmten Zeit gemacht sein; dies ergiebt sich aus dem Begriff (in diem addictio). Wie es aber zu halten ist, wenn gar kein Termin bestimmt ist, läßt sich aus den Quellen nicht ersehen. Zwei Annahmen sind möglich:

α) die Abrede ist überhaupt ungültig; dieser Ansicht ist Bechmann;[218])

β) eine ältere Meinung[219]) nimmt an, daß dann nur die Klagenverjährung entgegenstehe, ja daß diese erst mit dem Augenblick beginne, wo dem Verkäufer ein besseres Angebot angetragen wird.

Für das klassische Recht ist auf den Allgemeinen Theil zu verweisen, d. h. die melior condicio konnte nur so lange Bedeutung haben, als der Käufer das quiritarische Eigenthum nicht ersessen hatte. Für das justinianische Recht möchte ich mich unbedenklich ersterer Ansicht anschließen. Es wäre doch ein heilloser Zustand, wenn jemand noch nach 20 Jahren ein besseres Angebot machen könnte und noch nach 49 Jahren seit dem ersten Kaufabschluß dieser rückgängig würde! fr. 41 de r. v. (6, 1), auf das Glück sich a. a. O. beruft, ist nicht so zu verstehen, als ob auch eine in diem addictio ohne Endtermin möglich wäre.[220])

2) Die zweite Voraussetzung für den Eintritt der Resolutivbedingung ist Annahme[221]) durch den Verkäufer oder seine Erben;[222]) daher denn auch, falls der Verkäufer vor dem Termine

[215]) fr. 3 h. t.

[216]) fr. 4 § 1 h. t.

[217]) fr. 4 § 2 h. t.

[218]) II, 1 S. 507 f.

[219]) Glück XVI S. 257 f.; vergl. darüber auch Bechmann II, 1 S. 518 Anm. 3.

[220]) Vergl. oben § 5.

[221]) Vergl. de Senarclens, a. a. O. S. 265 ff.

[222]) fr. 15 pr. h. t.

Digitized by Google

ſtirbt und in der Zwiſchenzeit ein beſſeres Angebot gemacht wird, das erſte Geſchäft unwiderruflich wird, falls nicht der Erbe vor dem Termine die Erbſchaft antritt und das Gebot annimmt. Die Annahme liegt völlig im Belieben des Verkäufers, er kann das beſte Gebot zurückweiſen.[223]) Eine Annahme iſt auch dann erforderlich, wenn der Verkäufer Pfandgläubiger iſt; allerdings iſt es pflichtwidrig, wenn er gegen das Intereſſe des Verpfänders das beſſere Angebot ausſchlägt, und er haftet ihm deswegen mit der actio pigneraticia, die Reſolutivbedingung tritt jedoch nicht ein;[224]) natürlich muß aber, was die Haftung betrifft, das Angebot wirklich beſſer ſein, nicht von einem Zahlungsunfähigen oder bloß zur Chikane gemacht.

Jedoch kann ſich auch der Käufer für den Fall eines beſſeren Gebots Rückgängigmachung ausbedungen haben: hier iſt der frühere Kauf ſchon mit dem bloßen Vorliegen eines beſſeren Angebots aufgelöſt.[225]) Natürlich kann ſich auch bloß der Käufer Rücktritt ausbedingen, wenn er z. B. nur gekauft hat, um dem in bedrängter Lage befindlichen Verkäufer aufzuhelfen; dies iſt aber keine eigentliche in diem addictio.[226])

Es iſt erforderlich, daß die Annahme des Gebots eine bindende iſt; ſie wird daher in der Regel in einem ſuspenſiv bedingten Kaufabſchluß beſtehen für den Fall, daß der erſte Käufer nicht in das Gebot eintritt; iſt der Verkäufer dem Bieter gegenüber nicht gebunden, ſo kann von einer 'Annahme' und folglich auch vom Eintritt der Reſolutivbedingung nicht die Rede ſein.

Ulpian behandelt die Frage,[227]) wie man zu verfahren hat, wenn von mehreren Miteigenthümern eine Sache in diem addizirt war, und ſie nur zum Theil das beſſere Gebot annehmen. Er unterſcheidet dabei zwei Fälle:

a) Die Sache iſt einheitlich um einen Preis verkauft; dann hat das Angebot keine Wirkung; der erſte Kauf bleibt beſtehen. Celſus macht noch die Bemerkung, daß hier der erſte Käufer, wenn man ihm die Sache theilweiſe nehmen wollte, ja auch bezüglich des Reſttheils

[223]) Azonis Summa ad rubric. de pact. int. emt. et vend. (4,54) S. 150 § 13.
[224]) fr. 10 h. t.
[225]) fr. 9 h. t.
[226]) Vergl. Bechmann II, 1 S. 518.
[227]) Vergl. fr. 11 § 1—13 pr. h. t.

Digitized by Google

Rückgängigmachung des Geschäfts fordern könnte; denn beim Kaufe hatte er nur die Absicht, die Sache ganz zu kaufen, nicht Theile.

b) Die Sache ist nicht einheitlich, sondern in Theilen zu verschiedenen Preisen verkauft; hier liegen also verschiedene Käufe vor. Natürlich können dann, wie diese Käufe ja auch zeitlich auseinander fallen können, für die einzelnen Theile höhere Angebote gemacht, und so einer oder einige der ersten Käufe rückgängig werden.

4) Wirkungen des Eintritts der Resolutivbedingung.

§ 25.

Sobald die Annahme des besseren Angebots durch den Verkäufer erfolgt ist, wird der erste Kauf rückgängig, das Eigenthum fällt von selbst an den Verkäufer zurück. Wie dieser Vorgang zu verstehen ist, und wie er sich historisch entwickelt hat, ist sowohl im Allgemeinen Theil,[228]) wie bei Besprechung der lex commissoria,[229]) ausführlich behandelt worden.

Folgen davon, daß das Eigenthum zurückfällt, sind:

1. Die an der Sache bestellten dinglichen Rechte, Servituten und Pfandrechte, gehen von selbst unter;[230]) daher ist auch in dem Falle, daß der erste Käufer wieder Eigenthümer wird, Neubestellung erforderlich;

2. dem Käufer steht die dingliche Klage nicht mehr zu;[231]) dagegen hat er noch das interdictum quod vi aut clam, da dies jedem Betheiligten zusteht, nicht nur dem Eigenthümer;[232]) er ist aber zur Abtretung obligatorisch verpflichtet;

3. die Gefahr kehrt zum Verkäufer zurück;

4. es erlischt das eigene Fruchtziehungsrecht des Käufers; zur Herausgabe der gezogenen Früchte ist er obligatorisch verpflichtet, auch

---

[228]) Oben § 4.

[229]) Oben § 10.

[230]) fr. 4 § 3 h. t.; rem pignori esse desinere.

[231]) post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti, fr. 41 de r. v. (6,1); vgl. oben § 5.

[232]) Man vergleiche fr. 4 § 4 h. t., wo allerdings von dem Fall die Rede ist, daß der Grund des Interdikts schon zur Zeit des Eigenthums des ersten Käufers entstanden ist; aber die Begründung ist, daß das Interdikt 'ei competit, cuius interest': vergl. ferner fr. 11 § 10 quod vi aut clam (43,24); hierüber näher Stölzel, Lehre von der operis novi nuntiatio S. 381 ff.

Digitized by Google

wenn er in das bessere Gebot eintritt;[233]) ich möchte dies — wenn auch ohne Anhalt in den Quellen — auch auf die durch einen bonus paterfamilias ziehbaren Früchte erstrecken, weil ihn auch wegen Verschlechterung die Quellen haften lassen; er muß ja die Möglichkeit des Rückfalls stets im Auge haben;

5. der Käufer kann die gemachten Anzahlungen wieder zurückfordern und hat Anspruch auf Ersatz der impensae necessariae; diese zieht er an den Früchten ab, für den etwaigen Mehrbetrag hat er die actio emti,[234]) wohl auch ein Retentionsrecht an der Sache, obwohl dies die Quellen nicht berichten;

6. es ist anzunehmen, daß von jetzt ab auch der Käufer die Auflösung des ersten Kaufvertrages geltend machen kann.

5) Voraussetzungen für das Zustandekommen eines unbedingten Kaufabschlusses mit einem Dritten.

§ 26.

Ist durch Annahme des besseren Angebots der erste Kauf von selbst rückgängig geworden, so ist noch erforderlich, damit ein zweiter Kauf mit einem Dritten, d. h. demjenigen, der das bessere Gebot gemacht hat, vollgültig zu Stande kommen kann:

1. Mittheilung an den ersten Käufer, um ihm Gelegenheit zu geben, das gleiche Gebot zu machen;[235]) dies ist ein Angebot zu einem zweiten Kaufabschluß;

2. Nichtannahme des Angebots durch den ersten Käufer.[236])

Im Anschluß daran sind zwei bestrittene Behauptungen zu vertheidigen:

I. Daß diese beiden Voraussetzungen nicht solche sind für den Eintritt der Resolutivbedingung, sondern nur für das Zustandekommen eines unbedingten Kaufabschlusses mit dem Bieter;

II. daß der erste Käufer den Bieter nicht noch einmal zu überbieten braucht, sondern Eintritt in dessen Angebot genügt.

I. Die Meinung, daß auch in jenen beiden Voraussetzungen Erfordernisse für den Eintritt der Resolutivbedingung zu erblicken sind,

[233]) fr. 4 § 4 h. t.; fr. 50 de iure fisci (49,14), darüber unten in § 28.
[234]) fr. 16 h. t.
[235]) fr. 8 h. t.
[236]) Vergl. de Senarclens S. 268ff.

Digitized by Google

vertritt Bechmann.[237]) Ich möchte ihr nicht beitreten, weil m. E. die Quellen direkt widersprechen; vergl. hierzu:

1. fr. 4 § 3 h. t.: 'si melior condicio allata est, rem pignori esse desinere'; daß hierzu noch außerdem die Annahme des Gebots durch den Verkäufer zu ergänzen ist, versteht sich von selbst, nicht aber, daß dem ersten Käufer die Sache zu dem besseren Angebot angetragen und von ihm abgelehnt sein muß;

2. ähnlich erklärt fr. 41 de r. v. (6, 1),[238]) daß der Käufer schon post allatam (sc. et a venditore probatam) condicionem keine dingliche Klage mehr hat;

3. am deutlichsten spricht für die oben vertheidigte Anschauung fr. 6 pr. u. § 1 h. t., wo die Ansicht vertreten wird, auch bei einem zweiten Kaufabschluß mit dem ersten Käufer seien die Früchte der Zeit, in der der Käufer Eigenthümer war, zurückzuerstatten. Dies erklärt Bechmann lediglich damit, daß ein zweiter Kauf abgeschlossen wird; dann muß man entweder annehmen, daß der Käufer seine eigene Sache kauft, was doch nach römischem Recht unstatthaft ist, oder man kommt zu dem recht gesuchten Ausweg: 'daß das Eigenthum (sc. erst mit dem zweiten Kaufabschluß!) an den Verkäufer zurückkehrt, sofort aber brevi manu wieder zurück übertragen wird'.[239])

Jene Erscheinung erklärt sich daher nur in der Weise, daß die Resolutivbedingung bereits eingetreten ist, sobald der Verkäufer das bessere Gebot des Dritten angenommen hat, worauf der erste Käufer die durch Eintritt der Resolutivbedingung in das Eigenthum des Verkäufers zurückgefallene Sache kauft. Im entgegengesetzten Falle wäre nur denkbar, daß der zweite Kauf kein eigentlicher Kauf wäre, sondern lediglich eine Bestärkung des ersten, um die Resolutivbedingung zu verhindern. Dann müßten aber die Früchte beim Käufer bleiben, als wäre gar kein Rückfall eingetreten, und diese Annahme widerspricht den Quellen.[240])

---

[237]) II, 1 S. 510. Bechmann drückt sich nicht ganz klar aus; doch habe ich seinen Worten einen andern Sinn nicht entnehmen können.

[238]) Vergl. oben § 5.

[239]) Bechmann II, 1 S. 509.

[240]) Natürlich kann aber im Einzelfall bedungen werden, daß die Früchte dem ersten Käufer verbleiben sollen, vergl. Ulpian in fr. 6 § 1 h. t.; auch fr. 50 de iure fisci (49, 14), behandelt unten in § 28.

Digitized by Google

II. Es ist nicht etwa erforderlich, daß der erste Käufer den zweiten überbietet; dies wird vielfach angenommen,[241]) geht aber aus den Quellen in keiner Weise hervor. Wenn hier von 'plus adicere'[242]) gesprochen wird, so ist eben damit ein plus adicere zu dem eigenen Kaufpreise des ersten Käufers gemeint bis zur Höhe des besseren Gebots, nicht ein plus adicere über dieses hinaus. Deutlich geht dies aus fr. 50 de iure fisci (49, 14)[243]) hervor: deinde facta (sc. alia) licitatione idem Stalticius recepta ea licitatione (adiectione? Momms.) optinuerat.

Dies entspricht auch ganz der Natur des Geschäftes: der Verkäufer will sich die Möglichkeit eines günstigeren Geschäftsabschlusses frei lassen; bietet ihm diesen der frühere Käufer selbst, so ist kein Grund vorhanden, ihn schlechter zu stellen als den Anbieter. Bei der Versteigerung ist die Sachlage anders: hier sind nicht nur zwei Personen;[244]) es haben alle ein Anrecht mitzubieten. Wollte man auch da Eintritt in das bessere Gebot zulassen, dann wäre die Versteigerung sofort beendet, falls der erste Anbieter in das Gebot des zweiten einrücken wollte, wenn die andern auch noch so geneigt wären, mehr zu bieten. Dies widerspräche jedoch dem Interesse des Verkäufers. Bei der in diem addictio aber ist der Verkäufer bereits fest gebunden, und es wäre Chikane, die Sache einem andern unter denselben Bedingungen zu überlassen, unter denen man sie dem ersten Käufer verweigert.

Macht der erste Käufer ein gleiches Angebot, so kommt ein zweiter Kauf mit ihm zu Stande.[245]) Ein gleiches Angebot muß nicht nothwendig im selben Preis bestehen; dieser kann geringer sein, das Angebot aber sonst mit Vortheilen, die der andere Anbieter nicht anträgt, oder höher, aber mit Nachtheilen, die in dem andern Gebot nicht

---

[241]) Vergl. die Citate älterer bei Glück XVI S. 259, sodann Bechmann II, 1 S. 508.

[242]) fr. 8 h. t.

[243]) S. u. § 28.

[244]) Wie bei der in diem addictio; vergl. fr. 11 pr. h. t., wo die Juristen sogar zweifeln, ob eine zweimalige in diem addicto möglich ist.

[245]) Daß man in dem Ausdruck 'emtio remanet penes priorem' nur eine volksthümliche Ausdrucksweise zu erblicken hat (fr. 6 § 1 h. t.), darüber Bechmann II, 1 S. 209 Anm 1.

Digitized by Google

enthalten sind.[246]) In Streitfällen hat darüber richterliches Ermessen zu befinden.

Es ist nicht erforderlich, daß die Sache noch in der Hand des ersten Käufers ist, damit er in das bessere Gebot eintreten kann. Eine solche Beschränkung wäre unbillig; denn vielfach wird er großes Interesse daran haben, ein gleiches Gebot zu machen, da er für Entwährung einzustehen hat.

6) Voraussetzungen und Wirkungen des Ausfalls der Resolutivbedingung.

§ 27.

I. Voraussetzungen sind:

1. Ablauf der Zeit, ferner

2. entweder

a) daß kein besseres Angebot gemacht wurde, d. h. gar keines, oder nur ein geringeres oder gleiches; oder

b) ein besseres zwar gemacht, vom Verkäufer aber nicht angenommen wurde.

II. Die Wirkungen des Ausfalls beschränken sich darauf, daß das erste Geschäft nun unbedingt wird. Natürlich behält der Käufer auch die gezogenen Früchte, da hier ein Rückfall des Eigenthums überhaupt nicht stattgefunden hat.

b. Quelleninterpretation.

fr. 50 de iure fisci (49, 14).

§ 28.

Idem (Paulus) libro tertio decretorum: Valerius Patruinus procurator imperatoris Flavio Stalticio praedia certo pretio addixerat. deinde facta (alia Mommſ.) licitatione idem Stalticius recepta ea licitatione (adiectione? Mommſ.) optinuerat et in vacuam possessionem inductus erat. de fructibus medio tempore perceptis quaerebatur: Patruinus fisci esse volebat. plane si medio tempore inter primam licitationem et sequentem adiectionem percepti fuissent, ad venditorem pertinerent (sicut solet dici, cum in diem addictio facta est, deinde melior condicio allata est), nec moveri deberemus, quod idem fuisset, cui et primo addicta

[246]) Vergl. oben S. 17.

Digitized by Google

fuerant praedia. sed cum utraque addictio intra tempus vindemiarum facta fuisset, recessum est ab hoc tractatu itaque placebat fructus emtoris esse. Papinianus et Messius novam sententiam induxerunt, quia sub colono erant praedia, iniquum esse fructus ei auferri universos: sed colonum quidem percipere eos debere, emtorem vero pensionem eius anni accepturum, ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset: atque si hoc ipsum in emendo convenisset. pronuntiavit tamen secundum illorum opinionem, quod (si? Mommſ.) quidem domino colerentur, universos fructus habere: si vero sub colono, pensionem accipere. Tryphonino suggerente, quid putaret de aridis fructibus, qui ante percepti in praediis fuissent, respondit, si nondum dies pensionis venisset, cum addicta sunt, eos quoque emtorem accepturum.

Es liegt hier der Fall einer in diem addictio tacita bei einem fiskalischen Verkaufe vor. Folgendes ist der Inhalt der Stelle:

Der kaiserliche Prokurator Valerius Patruinus addizirte einem gewissen Flavius Stalticius um einen bestimmten Preis dem Fiskus gehörige Weinberge, die bisher an einen colonus verpachtet waren. Ein anderer[247]) machte nun ein besseres Gebot, Stalticius trat aber in dies bessere Angebot ein und erhielt die Sache in Besitz.

Es wurde nun die Frage aufgeworfen, wem die Früchte der Zwischenzeit gehören sollten, dem Fiskus oder dem Käufer. Patruinus war für das Erstere, und diese Ansicht ist auch im Grunde genommen richtig, da ja der Verkäufer die Früchte stets erhält, sobald ein besseres Angebot gemacht und angenommen ist, weil das Eigenthum immer durch Annahme des besseren Angebots zurückfällt, auch wenn der erste Käufer die Sache durch Eintritt in das bessere Angebot erwirbt; denn dies ist dann ein zweiter Kauf. Doch im vorliegenden Fall hatte das keine erhebliche Bedeutung, da sowohl das erste Angebot als der Eintritt in das bessere Gebot zur Zeit vor der Weinernte stattfanden, und daher von nennenswerthen Früchten der Zwischenzeit nicht die Rede sein konnte. Die Ernte selbst fiel ja in die Zeit nach dem endgültigen Erwerb, gehörte mithin dem Käufer; so entschieden auch die Juristen.[248])

[247]) Es ist mit Mommsen zwischen 'facta' und 'licitatione' 'alia' zu ergänzen.

[248]) Von der Möglichkeit, die ja nach dem oben S. 45 erwähnten Vor-

Digitized by Google

Papinian und Messius brachten eine neue wichtige Beobachtung zur Sprache, indem sie geltend machten, daß es sich nicht um unmittelbaren Fruchtbezug handle, sondern der Weinberg durch einen vom Fiskus angenommenen colonus bewirthschaftet werde; daher könnte die Ernte nicht unmittelbar an den Käufer fallen, sondern an den colonus, weil sonst der Fiskus hätte haften müssen.

Bei fiskalischen Käufen wurde jedenfalls unmittelbar oder mittelbar bedungen, daß die Pachtzeit des colonus ausgehalten werden müsse, wie dies auch aus den Worten 'atque si hoc ipsum in emendo convenisset' hervorzugehen scheint. Dafür bezog aber der Käufer natürlich den Pachtzins. Nun tauchte die Frage auf, ob nicht etwa ein verhältnißmäßiger Theil des Pachtzinses an den Fiskus zu erstatten sei. Das wurde verneint, da der Pachtzins die Früchte darstellt und daher dem Käufer ebenso vollständig gehört, wie ihm die Früchte gehören würden, wenn er selbst die Wirthschaft führte. Tryphonin warf nun noch ein, wie es sich mit den in der Zwischenzeit etwa geernteten fructus aridi verhalte; es wurde entschieden, daß diese unter den obwaltenden Umständen, sofern die Addiktion vor dem Zahlungstermin für die Pacht stattgefunden hatte, ebenso dem Käufer bezw. dem colonus[249]) gebühren; jedenfalls wäre es kleinlich gewesen, diese geringen Erträgnisse anders zu behandeln als die Ernte.

III. Der resolutiv bedingte Pfandverkauf.

fr. 13 pr. de pign. act. (13, 7).

§ 29.

Ulpianus libro trigensimo[250]) octavo ad edictum:

Si cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem, ut debi-

rechte des Fiskus denkbar wäre, daß noch einmal ein besseres Angebot gemacht werden könnte, wird nicht gesprochen; die Frist hierüir muß also z. B. der Ernte bereits abgelaufen sein.

[249]) colonus ist hier nicht erwähnt, dem Sinne der Stelle nach aber zu ergänzen.

[250]) Statt 'trigensimo' ist 'vigensimo' zu lesen, da Ulpian im 28. Buche, nicht aber im 38. von der actio pigneraticia spricht; vergl. Mommsen in seiner Ausgabe ad h. l., Lenel, Palingenesia II S. 584.

Digitized by Google

tori mandet ex vendito actionem adversus emtorem. sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emtorem agere.

Der Pfandverkauf durch den Pfandgläubiger mit der Abrede des Einlösungsrechts für den Verpfänder war in zwei Punkten eine Besonderheit des römischen Rechts: es war

1. der Pfandverkauf an sich eine anerkannte Ausnahme von dem Grundsatze 'nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet';[251])

2. der Einlösungsvertrag einer der wenigen Verträge zu Gunsten Dritter, die das römische Recht zuließ.

Daß diese Abrede im justinianischen Recht auch noch außerdem dingliche Wirkung hatte, geht daraus unzweifelhaft hervor, daß dem Verpfänder eine rei vindicatio zustand.

Der Inhalt der Stelle ist folgender: der Verpfänder kann hier, wie schon Julian bemerkt hat, mit der actio pigneraticia directa die Abtretung der dem Pfandgläubiger gegen den Käufer zustehenden actio venditi, welche auf die Einlösung gerichtet ist, fordern: aber er hat auch kraft eigenen Rechts die rei vindicatio oder eine actio in factum. Aus der Satzbildung ergiebt sich, daß der letzte Satz nicht von Julian herrührt,[252]) und man hat nun einen Gegensatz der Meinungen Julian's und Ulpian's hierin erblicken wollen, indem Julian die dingliche Wirkung noch nicht anerkannt habe, und erst Ulpian diese Meinung vertrete.[253]) Denn, wenn der Verpfänder die rei vindicatio kraft eigenen Rechts hat, warum wird er dann zwei Klagen anstellen, indem er erst vom Pfandgläubiger mit der actio pigneraticia die Cession der actio venditi fordert und dann mit der actio venditi gegen den Käufer klagt? Die einzige Lösung besteht darin, daß man eine Interpolation annimmt, und zwar muß man entweder den ganzen Nachsatz für interpolirt halten, was sehr große Wahr-

[251]) § 1 Inst. quibus alien. lic. vel non (2, 8); vergl. auch Dernburg I S. 499.

[252]) Daß Julian nur an eine solche Cession der actio des Pfandgläubigers denkt, geht auch aus der anderen Stelle hervor, fr. 7 pr. de distr. pign. (20, 5), wo gleichfalls Julian sagt: agi posse cum creditore, ut, si quas actiones habeat, eas cedat debitori.

[253]) Bechmann II, 1 S. 535 f., der auch die Vermuthung ausspricht, daß der ganze zweite Satz interpolirt sei.

Digitized by Google

scheinlichkeit für sich hat;[254]) oder man kommt zu folgendem Ergebniß: Julian sprach vom Pfandverkauf ganz allgemein und dachte hierbei im einzelnen weder an den Fall des Verkaufs einer res mancipi noch an den Ablauf der Usukapionsfrist. Die rei vindicatio zog er daher gar nicht in Betracht. Nun ergänzt aber Ulpian die Worte Julian's, indem er hervorhebt, daß im Falle des Verkaufs und der bloßen Tradition von res mancipi ja nur von Uebergang des bonitarischen Eigenthums auf den Käufer die Rede sein kann, und daß in Folge dessen der Verpfänder, welcher quiritarischer Eigenthümer geblieben ist, noch ein bezw. zwei Jahre lang außerdem die rei vindicatio unmittelbar gegen den Käufer hat, dem dann, wenn ihm der Verpfänder gleichzeitig die Einlösungssumme anbietet, die exceptio rei venditae et traditae nicht mehr zusteht. Wir müssen zu dieser Erklärung voraussetzen, daß die Worte Ulpian's in ihrer ursprünglichen Fassung etwa so gelautet haben: sed et ipse debitor vindicare rem mancipi intra annum (bezw. biennium, je nachdem der Jurist von einer beweglichen oder unbeweglichen res mancipi sprach) poterit — —. Daß diese Worte die Kompilatoren dann so verändert haben, wie sie uns überliefert sind, ist nach dem in c. 2 (8, 54) erhaltenen und im allgemeinen Theil behandelten Beispiel[255]) sehr wahrscheinlich.

Für das justinianische Recht ist dann mit dem Wegfall des Unterschiedes zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthum, res mancipi und nec mancipi, ebenso wie dies bei anderen Fällen schon früher erörtert wurde, die Ausdehnung der dinglichen Wirkung auf 30 Jahre anzunehmen, falls nicht eine bestimmte Einlösungsfrist verabredet wurde.

IV. Die resolutiv bedingte mortis causa donatio.

a) Theoretische Erörterung.

§ 30.

Ein weiteres Gebiet, auf dem die Resolutivbedingung mit dinglicher Wirkung nachweisbar ist, ist die mortis causa donatio. Wenn oben gelegentlich der historischen Entwickelung im allgemeinen Theil

[254]) Eisele in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 13 S. 125; vergl. auch Anm. 253. Jedenfalls stammt die Erwähnung der 'actio in factum' von den Kompilatoren.

[255]) Vergl. S. 37 ff.

Digitized by Google

auf die Bedeutung der Uebertragungsarten von res mancipi im klassischen Recht hingewiesen wurde, so finden wir hier die Wichtigkeit dieser Unterscheidung besonders deutlich bestätigt. Eine Reihe scheinbarer Widersprüche in den Quellenentscheidungen ist nur mit Hülfe jener Unterscheidung zu erklären. Wenn wir im folgenden von res nec mancipi absehen, für die ein Anhaltspunkt nicht besteht, so sind für das vorjustinianische Recht bei der mortis causa donatio mit resolutivem Vorbehalt folgende Fälle gesondert zu behandeln, wie bereits kurz erwähnt:

a) Die Sache wird durch mancipatio oder in iure cessio übertragen, jedoch mit einem pactum fiduciae, die Sache zurückzuerstatten, falls der Beschenkte vor dem Schenker stirbt oder bei einer mortis causa donatio, die mit Rücksicht auf eine schwere Krankheit oder eine gefahrvolle Reise des Schenkers gemacht ist, falls dieser wieder gesund wird oder von der Reise zurückkehrt. Hier geht das volle quiritarische Eigenthum auf den Beschenkten über. Ein dinglicher Rückfall ist hier undenkbar, da, wie oben (im allgemeinen Theil) schon ausgeführt, weder die mancipatio, noch die in iure cessio eine derartige Nebenbestimmung zuließ. Natürlich hat dann auch der Schenker betreffenden Falls keine rei vindicatio, sondern eine condictio causa data causa non secuta[256]) oder eine actio fiduciae,[257]) die von den Kompilatoren dann in eine utilis actio, actio in factum verändert wurde.[258])

b) Die Sache wird formlos tradirt; hier erwirbt der Beschenkte zunächst nur bonitarisches Eigenthum; der Schenker hat daher noch eine dingliche Klage 1 bezw. 2 Jahre lang, bis die Usukapionsfrist verstrichen ist; später steht ihm dann nur noch — wie im Falle a — eine obligatorische zu.

Hält man nicht diese beiden Fälle scharf auseinander, so ist unerklärlich, wie dem Schenker bald die rei vindicatio, bald die condictio zustehen solle, während diese beiden Klagen im vorjustinianischen Recht

---

[256]) Vergl. z. B. fr. 13 pr. de m. c. d. (39, 6); fr. 18 § 1 eod.; fr. 23, fr. 30 eod.

[257]) Justinian strich die actio fiduciae, vergl. darüber unten in § 31 S. 120; ferner fr. 1 pr. de his qui notant. infam. (3, 2); Gaius IV § 182; J. Kohler, Pfandrechtl. Forschungen S. 67; Lenel in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 3 S. 101ff.; Pernice, Labeo 1 S. 240ff.

[258]) Die in fr. 18 § 1, fr. 30, fr. 42 de m. c. d. (39, 6) erwähnten.

Digitized by Google

unvereinbar waren, und doch beide von den Quellen bezeugt werden. Eine wahre Resolutivbedingung ist nur im Falle b denkbar.

Es ist nun allerdings nicht zu bestreiten, daß Fälle letzterer Art seltener waren, und daß die Uebereignung durch mancipatio oder in iure cessio die Regel bildete;[259]) wenigstens läßt darauf mit großer Wahrscheinlichkeit die Verfügung Justinian's in c. 4 de don. m. c. (8, 57) schließen,[260]) wonach gerichtliche Insinuation nicht nöthig sein soll, sondern auch eine m. c. d. bei Zuziehung von 5 Zeugen volle Geltung haben solle. Hieraus geht hervor, daß sie im vorjustinianischen Recht durch mancipatio (mit 5 Zeugen!) oder in iure cessio vollzogen zu werden pflegte.

In den folgenden Paragraphen werden die Stellen fr. 42 de m. c. d. (39, 6), fr. 38 § 3 de usur. (22, 1) und fr. 29 de m. c. d. (39, 6) eingehender behandelt werden. Unter diesen ist

a) das quiritarische Eigenthum auf den Beschenkten übergegangen: in fr. 42 de m. c. d. (39, 6) und fr. 38 § 3 de usur. (22, 1);

b) das bonitarische allein: in fr. 29 de m. c. d. (39, 6). Natürlich hat dieser Unterschied nur für das vorjustinianische Recht Bedeutung. Im justinianischen Recht ist ein dinglicher Rückfall unter allen Umständen anzunehmen, und die condictio auf den Fall zu beschränken, daß vertretbare oder verbrauchbare Sachen geschenkt und verbraucht wurden, oder als condictio possessionis aufzufassen.[261])

b) Quelleninterpretationen.

1. fr. 42 pr. de m. c. d. (39, 6).

§ 31.

Papinianus libro tertio decimo responsorum:

Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, usum fructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos

[259]) Vergl. auch c. 1 Cod. Hermog. Tit. VII de don. int. vir. et ux.: — — cum singulae res nominari debeant, quae donatione, mancipatione vel in iure cessione transferuntur; ferner die Worte Justinian's in c. ult. de donat. (8, 53).

[260]) Ueber die Bedeutung dieser c. vergl. Windscheid III § 676[3], ferner Schulin, Publiciana S. 65.

[261]) Vergl. Bruns, Besitzklagen S. 185 ff.

Digitized by Google

bona pertinerent. igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. bonae fidei autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restituturam. incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? utrum ergo certae condicionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? sed denegari non potest mortis causa factam videri. sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

Seia hat ihrem Vetter Titius Vermögensſtücke in iure cedirt[262]) und auch durch constitutum possessorium zu bonitariſchem Eigenthum übertragen, wobei ſie ſich den Nießbrauch vorbehielt.[263]) Dies geſchieht unter folgenden zwei Klauſeln: 1. wenn Seia den Titius überlebt, ſo ſoll das Eigenthum an ſie zurückkehren, 2. wenn jedoch nachher Seia ſtirbt, während Kinder von Titius vorhanden ſind, ſo ſoll das Vermögen wiederum an dieſe fallen.

Der Tod des Titius bei Lebzeiten der Seia iſt nunmehr eingetreten, und es frägt ſich, wie die Verhältniſſe zu ordnen ſind. Zunächſt iſt die Uebertragung des quiritariſchen Eigenthums nicht unter einer Reſolutivbedingung möglich. Denkbar wäre nach der herrſchenden Lehre eine reſolutiv bedingte Uebertragung des bonitariſchen Eigenthums; aber auch dieſe verneint der Juriſt indirekt, indem nur von einem bonae fidei iudicium (ſicher hat Papinian fiduciae iudicium geſchrieben) zwiſchen den Erben des Titius und Seia die Rede iſt. Es liegt

[262]) 'in iure' iſt jedenfalls zu ergänzen, (ſo auch Cujacius ad libr. XIII respons. Papin. V. S. 1262), wurde aber von den Kompilatoren, wie an allen anderen Stellen geſtrichen. Andere wollen nicht 'in iure' ergänzen, ſondern glauben, daß Papinian ſtatt 'traditionibus' 'mancipationibus' geſchrieben hat.

[263]) Daß dies geſtattet war, wird uns auch ſonſt beſtätigt, ſo c. 28 de donat. (8, 53): die Tradition wurde dann fingirt: quisquis rem aliquam donando — — — usum fructum eius retinuerit. — — eam continuo tradidisse credatur. Ueber traditio retento usufructu als constitutum possessorium vergl J. Kohler, Geſammelte Abhandlungen S. 36 ff.

Digitized by Google

vielmehr ein pactum fiduciae vor. Die Erben des Titius stellen nun zunächst die rei vindicatio an, wozu sie an sich kraft ihres quiritarischen und bonitarischen Eigenthums berechtigt sind. Allein sie werden mit einer exceptio doli zurückgewiesen; denn a) ist Seia Nießbraucherin.[264]) b) kann sie sogar nach Lage der Verhältnisse Rückübertragung des Eigenthums kraft des pactum fiduciae fordern, und 'dolo facit qui petit quod redditurus est'.[265]) Der unter 1. aufgeführte Fall ist ja eingetreten.

Die Folgen dieses Umstandes werden nunmehr im iudicium fiduciae weiter verhandelt, worin — wie wohl anzunehmen — beide Theile als Kläger und Beklagte auftreten.[266]) Seia verlangt Rückübertragung des Eigenthums, die Erben des Titius fordern, daß Seia das Versprechen abgebe (Verbalkaution), die Sachen nach ihrem Tod an die klägerischen Erben zurückzuerstatten, weil dann — natürlich superstitibus heredibus Titii — der Fall 2. gegeben sei. Eine solche Verbalkaution ist nothwendig, weil durch die actio fiduciae directa und contraria die ganze Sache in iudicium dedizirt ist und mithin durch die prozessinale Kon-

---

[264]) Die Möglichkeit, daß Seia bereits vor dem Tod des Titius das Eigenthum durch usureceptio (vergl. Gaius II §§ 59, 60) zurückersitzt, ist dadurch ausgeschlossen, daß Seia als Nießbraucherin nur thatsächliche Innehabung hat.

[265]) fr. 8 pr. de doli mali exc. (44, 4).

[266]) Diese Erklärung der Stelle, die ich ebenfalls für die richtige halte, und die daraus geschlossenen Folgerungen stammen von J. Kohler. Ich hatte vorher angenommen, daß nur von einer Klage der Erben des Titius gegen Seia gesprochen wird. Die meisten halten eine Klage der Seia für vorliegend, so Heck, Zeitschr. f. Rechtsgesch. rom. Abth. X S. 135 ff.; vergl. auch Pernice, Labeo III S. 264 Anm. Eine alte Erklärung des Dorotheus (Schol. ad libr. 47 Basil.) geht dahin, die rei vindicatio sei durch die exceptio doli in ein bonae fidei iudicium verwandelt worden, und daher könnten die Erben mit ihr Sicherheitsleistung fordern. Schon damals wurde sie bestritten, wie Gothofredus ad h. l. bemerkt; aber Cujacius hat diese Meinung wieder aufgenommen und mit großem Scharfsinn mit Berufung auf c. 3 de except. (8, 36) durchgeführt. Es wird uns jedoch in den Quellen nirgends bezeugt, daß jede Klage durch die exceptio doli in ein bonae fidei iudicium verwandelt wird. Vergl. auch Keller, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XII S. 400 ff.; Bangerow, Pandekten I § 139 II Anm. 5; Waechter, Pandekten S. 110 ff.; Oertmann, Fiducia S. 145 f.; H. Goeppert, Zeitschr. f. Rechtsgesch. rom. Abth. XIII 354 f.

Digitized by Google

sumtion die beiderseitigen Ansprüche vernichtet werden.[267]) Ob die Erben berechtigt sind, eine solche Verbalkaution zu fordern, hängt davon ab, ob das pactum fiduciae nur bezüglich der Klausel unter 1. oder auch der unter 2. gültig ist. Die Schwierigkeit besteht darin, daß dieses zweite pactum nicht zu Gunsten des Vertragstheils (Titius), sondern zu Gunsten seiner Erben lautet, ein solches Geding aber nichtig ist.[268]) Gültig wäre es, wenn man annehmen könnte, Titius bliebe Eigenthümer und das Eigenthum ginge auf seine Erben über. Dies ist aber nicht der Fall; die Schenkung ist als mortis causa donatio gedacht, so daß bei Ableben des Titius das Eigenthum auf Seia übertragen werden muß, und die Erben des Titius ihr Eigenthum von Seia wiederzuerlangen haben. Ein derartiges pactum der Seia zu Gunsten der Erben des Titius war als 'donatio, quae nondum in personam filiorum initium acceperat'[269]) nichtig.

Wenn nun aber nachträglich Seia den Erben des Titius freiwillig die dereinstige Rückerstattung versprach, so war dies Versprechen gültig. Es war jedoch nicht ein Versprechen im Gefolge des Geschäfts mit Titius, nicht eine Erfüllung des unter 2. abgeschlossenen pactum (welches ja ungültig war), sondern eine unmittelbare Gabe der Seia an die filii, zu der sie nicht verpflichtet war. Deswegen konnte ihnen bei Beerbung der Seia — da sie deren Donatare mortis causa waren — die Falcidische Quart abgezogen werden, die ja durch die constitutio Severi auf mortis causa donationes ausgedehnt worden war.[270])

Auffallend mag erscheinen, daß Papinian die Hauptfrage, ob das pactum fiduciae zu Gunsten der Erben des Titius gültig sei (Klausel 2), nicht direkt beantwortet, sondern bei den Worten stehen bleibt: 'incurrebat haesitatio non extorquendae donationis'. Hier haben jedoch offenbar die Kompilatoren etwas gestrichen mit Rücksicht auf c. 11 de contr. et committ. stipul. (8, 37), wonach eine Verfügung

---

[267]) Regelsberger, Rechtsgutachten in Sachen Favre gegen Gotthardeisenbahn-Gesellschaft S. 17 ff.

[268]) Gaius III § 100.

[269]) Weil post mortem Titii in personam filiorum collata. Ob hier die Kompilatoren den Satz geändert haben, kann dahingestellt bleiben. Möglich ist, daß sie aus unten näher zu entwickelnden Gründen die Worte post mortem Titii gestrichen haben.

[270]) c. 2 § 2 de m. c. d. (8, 56).

Digitized by Google

post mortem gültig sei. Papinian wird also wohl gesagt haben: die zweifelhafte Frage sei dahin zu entscheiden, daß die Klausel 2 als Versprechen post mortem nichtig sei. Diese Bemerkung mußten die Kompilatoren nothwendig streichen. Hierauf folgte dann die weitere Ausführung: wenn aber trotzdem Seia freiwillig Verbalkaution geleistet hat, so ist dies nicht eine Erfüllung des Versprechens bei der ersten Schenkung, der lex in exordio data, sondern es ist, nachdem die Schenkung an Titius durch Rückübertragung an Seia völlig abgewickelt ist, ein neues Geschäft. Diese Verbalkaution (Stipulation) ist daher eine secunda donatio der Seia, die mithin im vollen Betrag als Schenkung bei Berechnung der Quart in Betracht kommt. Auf diese Frage kam es dem Juristen hauptsächlich an; denn lib. XIII respons. des Papinian handelte von der lex Falcidia.[271])

2. fr. 29 de m. c. d. (39, 6).

§ 32.

Ulpianus libro septimo decimo ad edictum:

Si mortis causa res donata est et convaluit, qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem. et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo tunc is, cui donatum est. si vero sic, ut iam nunc haberet, redderet, si convaluisset vel de proelio vel peregre redisset, potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset, interim autem ei, cui donatum est. sed et si morte praeventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori.

Der Fall ist folgender:[272])

Jemand hat in einer schweren Krankheit einem andern eine Sache mortis causa geschenkt für den Fall, daß er die Krankheit nicht überleben würde, ist aber wieder gesund geworden; es fragt sich nun, ob ihm dann die dingliche Klage zustehen solle. Der Jurist hält zwei Fälle auseinander, den der suspensiv und den der resolutiv bedingten mortis causa donatio:

1. bei der suspensiv bedingten mortis causa donatio hat der Schenker vor seinem Tode die dingliche Klage; nach seinem Tode hat

[271]) Lenel, Palingenesia I Papin. nr. 702.

[272]) Vergl. Schulin, Publiciana in rem actio S. 56ff.

Digitized by Google

sie der Beschenkte, da mit dem Tode des Schenkers die Suspensivbedingung erfüllt ist; natürlich muß für das klassische Recht angenommen werden, daß der Beschenkte mit Eintritt der Suspensivbedingung zunächst nur bonitarisches Eigenthum erhält, sich aber gegen die rei vindicatio des Erben als quiritarischen Eigenthümers durch exceptio vertheidigen kann;

2. bei der resolutiv bedingten mortis causa donatio liegen die Verhältnisse anders: hier wird der Beschenkte sofort bonitarischer Eigenthümer, das quiritarische Eigenthum bleibt beim Schenker. Wird daher der Schenker vor Ablauf der Usukapionsfrist wieder gesund, oder, was ähnlich ist, kehrt er aus der Schlacht oder von einer gefahrvollen Reise zurück, so hat er die rei vindicatio 1 bezw. 2 Jahre lang, und zwar eine wirksame, da der Beschenkte die exceptio aus dem bonitarischen Eigenthum nicht entgegenhalten kann. In der Zwischenzeit ist der Beschenkte gleichfalls dinglich geschützt; er hat die Publiciana in rem actio. nach Ablauf der Usukapionsfrist die rei vindicatio.[273])

Daß Ulpian nur von der Uebertragung bonitarischen Eigenthums handelt, dafür sprechen folgende Gründe:

1. daß Ulpian in dem 17. Buch ad edictum, dem das Fragment entnommen ist, nur von Fällen der Uebertragung bonitarischen Eigenthums spricht;[274])

2. der unbestimmte Ausdruck 'ut iam nunc haberet' deutet mit großer Wahrscheinlichkeit darauf hin, daß im Ulpian'schen Urtext zwischen 'nunc' und 'haberet' noch die Worte 'in bonis' standen;

3. dieser Ausdruck findet sich in ähnlicher Form bereits im ersten Theil der Stelle: 'ut ... tunc haberet', wo von einer suspensiv bedingten mortis causa donatio die Rede ist, bei der ja an eine mancipatio oder in iure cessio im Augenblick des Todes des Erblassers nicht zu denken ist.

3. fr. 38 §§ 1 3 de usuris (22, 1).

§ 33.

pr. 1 Paulus libro sexto ad Plautium: Videamus generali (generatim? Hal.), quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant. Et quidem si fundus ob rem datus sit veluti dotis causa, et renuntiata adfinitas, fructus quoque restituendi

[273]) Vergl. das oben im historischen Theil Erörterte.

[274]) Darüber vergl. Lenel, Palingenesia II S. 514.

Digitized by Google

sunt, utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur adfinitas, sed et posteriores, si in re mora fuit, ut ab illo, qui reddere debeat, omnimodo restituendi sunt (sint? Momms.) — 2 — — — Item si indebitum fundum solvi et repeto, fructus 3 quoque repetere debeo. Idemque est, si mortis causa fundus sit donatus et revaluerit qui donavit atque ita condictio nasca- 4 tur. In Fabiana quoque actione — — — —

Paulus will Fälle erörtern, bei denen mit der actio in personam auch die Früchte gefordert werden können. Zuerst untersucht er, ob dies bei einem fundus dotis causa datus möglich ist, wenn es nicht zur Ehe kam; dies wird bejaht. Der Rest des § 1 hat für uns keine Bedeutung. Im § 2 behandelt er dieselbe Frage für den Fall, daß ein fundus indebite geleistet ist und erklärt dasselbe auch hier für statthaft. Und nun folgen die Worte, auf die es für uns ankommt: 'Das Gleiche findet statt, wenn ein Grundstück mortis causa geschenkt wäre und der Schenker wieder gesund würde, und so eine condictio entstände'.

Wenn man nun für das klassische Recht in Betracht zieht, daß

1. eine condictio rei nur einem Nichteigenthümer gegen den Eigenthümer zusteht,

2. die in den §§ 1 und 2 erwähnten Fälle solche sind, wo das volle quiritarische Eigenthum überging,[275]) ebenso auch die in den späteren Paragraphen erörterten, so muß man auch in § 3 einen solchen Fall voraussetzen, wo das volle quiritarische Eigenthum auf den Beschenkten übertragen war.

Ueber die Bedeutung dieser Stelle, insbesondere der condictio, sowie des im vorigen Paragraph behandelten fr. 29 de m. c. d. (39, 6) ist dem in der theoretischen Erörterung (§ 30) Gesagten nichts hinzuzufügen.

B. Anwendungsfälle der unechten Resolutivbedingung.

I. Das sog. pactum displicentiae beim Kaufe.

§ 34.

I. Das sogenannte pactum displicentiae beim Kaufe — Kauf auf Probe —[276]) [277]) kann als Suspensiv- wie als Resolutivbedingung

[275]) Vergl. noch, bezüglich der Uebertragung der dos in das quiritarische Eigenthum des Ehemannes, fr. 7 § 3 de iure dotium (23, 3).

[276]) Vergl. hierzu Cropp in Heise und Cropp, Civil. Abhandlungen I

aufgefaßt werden. Der Parteiwille kann dies nach freiem Belieben festsetzen. In solchen Fällen jedoch, in denen dies nicht festzustellen ist, erklären sich die Quellen für das Vorliegen einer unechten Resolutivbedingung. So fr. 3 de contrah. emt. (18, 1): si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inemta esset, constat non esse sub condicione distractum, sed resolvi emtionem sub condicione; ähnlich fr. 2 § 5 pro emt. (41, 4): sed et illa emtio pura est, ubi convenit, ut, si displicuerit intra diem certum, inemta sit.

Demgegenüber erklärte schon das alte H.G.B. a. 339 den Kauf auf Probe im Zweifel für aufschiebend bedingt. Es war nun für das gemeine Recht fraglich, ob man diese Bestimmung des H.G.B. entsprechend anwenden solle,[278]) und das mochte das Näherliegende sein: oder ob man den Quellenentscheidungen noch Bedeutung beimessen solle.[279]) Die Streitfrage löst nunmehr das B. G.B. § 495, indem es die Bestimmung des alten H.G.B. adoptirt. Im folgenden ist natürlich nur vom resolutiv bedingten Kauf auf Probe die Rede. In diesem Sinne ist das pactum displicentiae näher zu bestimmen als der dem Kaufvertrag im Interesse des Käufers beigefügte Nebenvertrag, wonach der Käufer berechtigt sein soll, ohne weitere Voraussetzung Auflösung des Kaufvertrages zu fordern.

Pactum displicentiae ist ein schlecht gewählter Ausdruck; das Gefallen und Mißfallen des Käufers spielt dabei keine Rolle; es ist lediglich sein Wille maßgebend. Der Ausdruck hat dazu geführt, daß man dem Gefallen des Käufers wirklich Bedeutung beigelegt hat.[280]) Was am meisten gegen diese Annahme spricht, ist einmal die Unbestimmtheit des Ausdruckes Ge- und Mißfallen selbst, dann aber vor

Nr. 12 (Handel auf Besicht); Thoel, Handelsrecht I § 71; Goldschmidt in seiner Zeitschr. I S. 66 ff.; Fitting in Goldschm. Zeitschr. II S. 203 ff., V S. 79 ff.; Unger in Goldschm. Zeitschr. III S. 386 ff.; in Ihering's Jahrb. 25 Nr. 6; Regelsberger I S. 562 f.

[277]) Der „Weinkauf auf Degustation" ist weder Kauf mit Resolutivbedingung noch eine Abart des pactum displicentiae, vergl. J. Kohler, Annahme und Annahmeverzug in Ihering's Jahrb. 17 S. 356. A. M. Goldschmidt a. a. O. S. 76 f.; Bechmann II, 1 S. 537 ff., wo auch eine ausführliche Darstellung. Er bleibt daher im folgenden außer Betracht.

[278]) So Dernburg II § 95 Anm. 6, Windscheid II § 387 Anm. 8.

[279]) So Bechmann II, 1 S. 544.

[280]) So Unger in Goldschm. Zeitschr. III S. 407.

Digitized by Google

Allem die Schwierigkeit des Nachweises, da ja nicht ein sachverständiges, sondern das persönliche Ermessen des Käufers gemeint ist. Daher könnte nur der Eid in Betracht kommen.

So ist denn jetzt auch ziemlich allgemein angenommen, daß lediglich der freie Wille des Käufers maßgebend ist.[281])

Eine so feine Ausbildung, wie die lex commissoria und die in diem addictio, hat das pactum displicentiae in den Quellen nicht gefunden; sie ist auch nicht möglich, da ja der Eintritt der Resolutivbedingung allein vom Willen des Käufers abhängt.

II. Beim pactum displicentiae ergeben sich folgende Rechtsverhältnisse:

1. mit Tradition geht das Eigenthum sammt allen seinen Folgen[282]) auf den Käufer über;

2. der Käufer kann ohne Angabe eines Grundes mit der actio emti,[283]) vielleicht auch der actio redhibitoria,[284]) Auflösung des Vertrages fordern;[285])

3. die Wirkung des Eintritts der Resolutivbedingung ist lediglich obligatorisch:[286]) der Verkäufer hat den Kaufpreis zurückzuerstatten, der Käufer die Sache; ist die Sache verschlechtert oder untergegangen, so kann der Käufer trotzdem Auflösung fordern. Es ist dann zu unterscheiden, ob der Untergang oder die Verschlechterung erfolgte

a) ohne Verschulden des Käufers; da, wie noch unten zu entwickeln ist, die Gefahr auf den Käufer nicht übergeht, so bleibt ihm das Recht, Auflösung des Vertrages zu fordern, unbenommen; natürlich hat er dann auch keinen Ersatz zu leisten;

b) mit Verschulden des Käufers: auch hier muß der Verkäufer die Sache, wenn verschlechtert, zurücknehmen, kann aber Ersatz für

---

[281]) Windscheid II § 387, Dernburg II § 95.

[282]) vgl. oben § 8.

[283]) fr. 11 § 3 de a. e. v. (19, 1).

[284]) c. 4 de aed. act. (4, 58); s. darüber unten IV.

[285]) Ueber die Frage, wie lange die Anstellung dieser Klagen zulässig war, s. unten V.

[286]) Eine dingliche Wirkung schließen die Quellen ausdrücklich aus: fr. 3 quib. mod. pign. (20, 6); vergl. damit auch die ähnliche Stelle fr. 4 § 3 de in diem add. (18, 2).

Digitized by Google

Schaden verlangen: falls die Sache untergegangen ist, kann er den Werth fordern.[287])

Ebenso kann für Verminderung des Rechts durch Servituten-, Pfandbestellungen ꝛc. Schadenersatz verlangt werden; diese Rechte gehen natürlich nicht unter.[288])

Aus dem Umstand, daß der Käufer stets, auch nach Sachuntergang, Auflösung fordern kann, geht auch deutlich hervor, daß es auf ein 'displicere' im eigentlichen Sinne nicht ankommt.[289])

III. Besonders wichtig ist beim pactum displicentiae die Frage nach der Gefahr, während sie bei der lex commissoria und in diem addictio keine bedeutende Rolle spielt: denn hier hat ja der Verkäufer völlig freie Hand, von der Verwirkungsklausel Gebrauch zu machen oder ein besseres Gebot nicht anzunehmen.

1. Daß beim pactum displicentiae nach den Quellen, falls nichts anderes verabredet ist, der Verkäufer die Gefahr trägt, selbst nach Kaufabschluß und Uebergabe der Sache, ist zweifellos; dies betont Ulpian in fr. 31 § 24 de aedil. ed. (21, 1), wo er erklärt, daß die gewöhnlichen Grundsätze der actio redhibitoria auf das pactum displicentiae anzuwenden sind, namentlich der Satz: 'mortuus redhibetur': in his autem actionibus eadem erunt observanda, quae de partu fructibus accessionibus quaeque de mortuo redhibendo dicta sunt'. Natürlich kann aber der übereinstimmende Wille der Parteien etwas anderes festsetzen, und die obige Entscheidung Ulpian's hat nur subsidiäre Geltung. Nicht im Widerspruch mit ihr steht fr. 20 § 1 praescr. verb. (19, 5): die Worte 'utrum emptio jam erat contracta an futura' wollen heißen: es komme darauf an, ob der Käufer sich definitiv für die Sache erklärt habe oder nicht; tritt der Schaden in letzterem Falle ein, so trägt ihn der Käufer nicht.

2. Daran schließt sich die Frage, ob man überhaupt die Ulpian'sche Entscheidung, daß die Gefahr nicht übergehe, im gemeinen Recht aufrecht erhalten solle. Und diese Frage war wohl zu verneinen. Auch

---

[287]) fr. 31 § 11 de aedil. edicto (21, 1): nam si culpa eius decessit, pro vivo habendus est et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret.

[288]) fr. 3 quib. mod. pign. (20, 6): — — — quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non potest.

[289]) Vergl. oben S. 203; ferner Szyblarz, Resolutivbedingung S. 49.

Digitized by Google

Bechmann[290]) meint, im Zweifel sei anzunehmen, der Verkäufer habe erklärt, er wolle die Sache im Falle, daß sie der Käufer nicht zu behalten wünscht, zurücknehmen; hierin sei stillschweigend der Uebergang der Gefahr auf den Käufer enthalten; denn der Sinn der Abrede ist doch sicher der, daß der Verkäufer nur dann zurücktreten will, wenn er die Sache thatsächlich zurückerhält. Doch B.G.B. § 350 hat das Ulpian'sche Prinzip angenommen.

IV. Dem Käufer steht zum Zweck der Lösung zu: die actio emti oder eine entsprechende Klage mit den Grundsätzen der actio redhibitoria.[291]) Dies bezeugen hauptsächlich folgende Stellen:

c. 4 de aed. act. (4, 58):

si praedium quis sub ea lege comparaverit, ut si displicuisset, inemtum esset, id utpote sub condicione venditum resolvi et redhibitoriam adversus venditorem competere palam est;

fr. 11 § 3 de a. e. v. (19, 1):

Ulpianus libro XXXII ad ed.: redhibitionem quoque contineri emti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus;

fr. 6 de rescind. vendit. (18, 5):

si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex emto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima emti in factum;[292])

fr. 31 § 22 de aedil. edicto (21, 1):

si quid ita venierit, ut, nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur: si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio intra sexaginta dies utiles accommodatur emtori ad redhibendum, ultra non.[293])

Ist die Sache zurückgegeben, so hat der Käufer seinerseits eine actio in factum auf Rückerstattung des Kaufpreises:

[290]) II, 1 S. 549.

[291]) Vergl. Windscheid II § 387 Anm. 7 und § 323 Anm. 14.

[292]) Die proxima emti in factum fassen als actio redhibitoria auf Czyhlarz, Resolutivbedingung S. 46; Bechmann II, 1 S. 544 Anm. 5; anders Glück XVI S. 226, der hierunter eine actio praescriptis verbis versteht, weil damals noch die Zulässigkeit der Kontraktsklage von den Prokulianern bestritten wurde.

[293]) Darüber vergl. V.

Digitized by Google

Vat. fr. § 14 gegen Ende:

cui non est contrarium quod iudicium ab aedilibus in factum de reciperando pretio mancipii redditur, quia displicuisse proponitur;

ferner fr. 31 § 17 de aed. ed. (21, 1):[294])

in factum actio competit ad pretium reciperandum, si mancipium redhibitum fuerit: in qua non hoc quaeritur, an mancipium in causa redhibitionis fuerit, sed hoc tantum, an sit redhibitum, nec immerito: iniquum et enim, posteaquam venditor agnovit recipiendo mancipium esse id in causa redhibitionis, tunc quaeri, utrum debuerit redhiberi an non debuerit: nec de tempore quaeretur, an intra tempora redhibitus esse videatur.

Demnach hat der Käufer die actio ad pretium reciperandum, sobald die Sache zurückgegeben ist, unter allen Umständen.

V. Bezüglich der Terminsbestimmung war beim pactum displicentiae dreierlei möglich; sie konnte erfolgen:

1. unter Angabe einer bestimmten Frist, innerhalb deren die Auflösung sollte geltend gemacht werden können;

2. mit ausdrücklicher Zulassung in perpetuum;[295])

3. mit Weglassung jeder Terminsbestimmung.

Die ersteren beiden Fälle bedürfen keiner weiteren Erläuterung. Im letzten Fall gaben die Aedilen 60 Tage Frist, wie aus dem oben citirten fr. 31 § 22 de aedil. ed. (21, 1) hervorgeht;[296]) daß diese unter Umständen verlängert werden konnte, ergiebt der folgende § 23 l. c.

II. Das sog. pactum de retrovendendo.

§ 35.

I. Der Ausdruck 'pactum de retrovendendo' ist, was die Quellen anbelangt, unzutreffend;[297]) das eigentliche pactum de retrovendendo ist ein Ergebniß der gemeinrechtlichen Lehre.[298]) Was man mit pactum de retrovendendo bezeichnet, ist in den Quellen lediglich ein Gegenstück des pactum displicentiae: bei diesem hat der Käufer, bei jenem

[294]) Vergl. Lenel, edictum § 293 nr. 4.

[295]) si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere.

[296]) Vergl. S. 72.

[297]) Vergl. Glück XVI S. 203 ff., Bechmann II, 1 S. 533.

[298]) Vergl. unten § 37.

Digitized by Google

der Verkäufer ohne irgend eine weitere begriffliche Voraussetzung das Recht, den Kaufvertrag aufzulösen. Von einem nochmaligen Kaufgeschäft, das der Verpflichtung der Parteien gemäß abgeschlossen werden müßte, ist nicht die Rede; ein neuer Vertrag findet nicht statt. Die Stellen, die von einem derartigen pactum de retrovendendo sprechen, sind nicht zahlreich; die hauptsächlichsten sind

1. fr. 12 de praescr. verb. (19, 5):

si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum;

2. c. 2 de pact. int. emt. et vend. (4, 54):

si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut, sive ipsi sive heredes eorum emtori pretium quandoque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere condicioni dictae heres emtoris non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.

Eine dingliche Wirkung ist hier ebensowenig nachweisbar, wie beim pactum displicentiae.

II. Die Rechtsverhältnisse sind folgende:

1. mit der Tradition geht das Eigenthum auf den Käufer über,[299]) er kann die Sache verkaufen, belasten;

2. der Verkäufer oder seine Erben können jedoch jederzeit, falls eine Frist verabredet ist, innerhalb dieser, mit der actio venditi[300]) oder praescriptis verbis die Sache vom Käufer herausverlangen. Dies ist jedoch kein 'Rückkauf', sondern eine Auflösung des ersten Kaufvertrages. Die Klage ist stets nur eine persönliche; dinglich ist sie selbst dann nicht, wenn ein pactum de non alienando mit dem Kaufe verbunden war, und der Käufer trotzdem an einen Dritten veräußert hat.

[299]) Die Sicherung, die der Verkäufer dadurch erhält, daß er jederzeit den Kauf auflösen kann, wirkt wie eine Kreditirung.

[300]) Natürlich unterliegen auch diese Klagen der 30jährigen Klagenverjährung. Ueber unhaltbare ältere Ansichten, daß sie überhaupt nicht verjährten, s. Glück XVI S. 206 ff.

Digitized by Google

Dies geht klar aus c. 3 de cond. ob caus. dat. (4, 6) hervor, wonach in diesem Falle derjenige, welcher das Veräußerungsverbot ausgemacht hatte, nur eine condictio gegen den Mitkontrahenten hat.

Es sind daher 2 Fälle möglich:

α) die Sache ist noch in der Hand des Käufers; dann muß er sie herausgeben. Für zufällige Werthminderung steht er nicht ein, kann aber auch für Wertherhöhung keinen Ersatz verlangen;

β) die Sache ist in der Hand eines Dritten; dann war es Aufgabe des Käufers, beim Verkaufe sich späteren Erwerbern gegenüber durch Vorbehalte sicher zu stellen; sonst haftet er dem Gegner für das Interesse, d. h. für das, was dieser hätte, wenn ihm die Sache in dem Zustand, in dem sie sich jetzt befindet, zurückgestellt werden könnte. Ist die Sache jedoch durch Verschulden des Käufers oder eines Rechtsnachfolgers verschlechtert oder vernichtet, so ist auch dies zu ersetzen. Auf die Früchte hat der Verkäufer im Zweifel keinen Anspruch;[301]) ist es jedoch im Einzelfalle besonders bedungen, so ist auch der gezahlte Kaufpreis vom Kaufabschlusse bezw. der Zahlung ab zu verzinsen.

3. Die Folge der bloß obligatorischen Verpflichtung zur Rückgabe ist, daß die an der Sache vom Käufer oder seinen Rechtsnachfolgern bestellten Rechte unversehrt bestehen bleiben. Es ist daher ganz ähnlich wie bei dem Gegenstück, dem pactum displicentiae.

III. Die resolutiv bedingte Stipulation.

§ 36.

Eine einzige Stelle, fr. 44 § 2 de o. et a. zeigt uns, daß eine Stipulation mit resolutivem Vorbehalt zulässig war. Sie lautet:

Condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, veluti 'centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit'? sed hoc casu existente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali.

Es werden 2 Fälle unterschieden:

1. die Bedingung wird in constituenda obligatione beigefügt;
2. post perfectam obligationem.

[301]) Außer von dem Augenblick ab, wo der Verkäufer unter Angebot des Kaufpreises Rückgabe fordert; dies geht aus c. 2 de pact. int. emt. et vend. hervor, wo nur von den Früchten post oblatam ex pacto quantitatem die Rede ist.

Digitized by Google

Damit kann entweder gemeint sein, die Bedingung werde zeitlich bei oder nach Begründung der Obligation beigefügt; oder es kann ein Gegensatz in der Art der Bedingung gedacht sein, je nachdem sie das Zustandekommen bedingt oder nach Entstehung der Obligation ihren Untergang herbeiführen soll, Suspensiv- oder Resolutivbedingung.[302]) Nimmt man nun das letztere an, so ist die Bedingung 'nisi navis ex Asia venerit' Resolutivbedingung; wäre sie Suspensivbedingung, so könnte erst nach ihrem Eintritt geklagt werden, d. h. wenn es sicher ist, daß das Schiff aus Asien nicht kommt, so daß also von einer exceptio doli nicht die Rede sein könnte. Ist sie aber eine Resolutivbedingung, so gilt folgendes: Der Gläubiger kann sofort klagen: ist die Bedingung in der Schwebe, so muß der Beklagte zahlen, kann aber nach Eintritt der Resolutivbedingung mit einer condictio das Gezahlte zurückfordern. Wird die Klage nach Eintritt der Bedingung erhoben, so kann der Beklagte sie mit der exceptio doli zurückweisen. Bedeutsam ist die resolutiv bedingte Stipulation für Rentenzahlungen, wo einstweilige Leistung der Rente wesentlich ist; bei Eintritt der Bedingung hört die weitere Rentenzahlung auf, und das Geleistete ist zurückzuerstatten.

Zweiter Abschnitt.
Entwickelung im Deutschen Recht.
I. Allgemeines.
§ 37.

Nachdem im Vorhergehenden dargethan worden ist, daß im römischen Recht eine allgemeine Regel über die Zulässigkeit echter Resolutivbedingungen nicht bestand, soll im folgenden das deutsche Recht geprüft werden. Auch hier waren sie nur in einzelnen Fällen statthaft; es wird sich aber zeigen, daß im Anschluß an diese die weitere Entwickelung im gemeinen Recht sich vollzog. Solche Fälle sind:

1. Die deutschrechtliche Schenkung,
2. Die Uebertragung resolutiv bedingten Eigenthums zum Zweck der Pfandbestellung (Verkauf auf Wiederkauf.[303])
3. Der vereinbarte Retrakt.

[302]) Vergl. Schulin, Resolutivbedingungen S. 76 ff.; Scheurl, Nebenbestimmungen S. 120 ff.; Czyblarz, Resolutivbedingung S. 76 ff.

[303]) Ueber die unrichtige Bezeichnung „Kauf auf Wiederkauf" s. Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts I S. 178 ff.

Digitized by Google

II. Die deutschrechtliche Schenkung.

§ 38.

I. Das römische Recht kannte keine resolutiv bedingte Schenkung;[304]) eine solche war mit seinem Eigenthumsbegriff unvereinbar. Nur obligatorisch konnte der Beschenkte verpflichtet sein, das Object oder einen Theil davon an den Schenker oder einen Dritten wieder herauszugeben; er hatte ohne weiteres das Recht, den geschenkten Gegenstand zu veräußern und zu vererben. Ganz anders das deutsche Recht: wir finden hier — namentlich bei Landschenkungen, die eine ganz besondere Rolle spielen — vielfach den Grundsatz, daß die Möglichkeit der Veräußerung und Vererbung nur dann vorliegt, wenn dies bei der Schenkung besonders hervorgehoben worden ist. Die deutschrechtliche Schenkung hat bereits durch Brunner eine eingehende Bearbeitung gefunden[305]) Er nennt die resolutiv bedingte Schenkung des deutschen Rechts „Zweckschenkung". Dies darf aber nicht zu der Ansicht verleiten, als hätte das römische Recht Schenkungen zu einem bestimmten Zwecke nicht gekannt: nur konnte der Zweck hier juristisch allein in einer obligatorischen Klausel zum Ausdruck kommen, während das deutsche Recht eine dingliche gestattete.

Zunächst sind kurz die hauptsächlichsten Resultate der Brunner'schen Arbeit anzuführen, während im einzelnen auf sie selbst zu verweisen ist. Die von den bayerischen Herzögen und Großen z. B. der Agilolfinger aus ihrem Eigengut geschenkten Ländereien waren nur mit ihrer Einwilligung veräußerlich;[306]) auch in denjenigen Urkunden, in denen mit Genehmigung des Herzogs Land an die Kirche geschenkt wird, ist die Genehmigung deswegen nöthig, weil das Land vom Herzog einst geschenkt worden ist, nicht weil die Vergabung an die Kirche überhaupt herzogliche Erlaubniß erfordert hätte.[307]) Trotzdem wird durch die Schenkung Eigenthum, kein bloßes Leiherecht begründet.[308])

Ebenso bildete im Frankenreiche im 8. und 9. Jahrhundert bei

---

[304]) Mit alleiniger Ausnahme der mortis causa donatio; darüber oben § 30 ff.

[305]) Die Landschenkungen der Merovinger und Agilolfinger in den Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts S. 1 ff.

[306]) Brunner a. a. O. S. 12 ff.

[307]) Brunner a. a. O. S. 14 ff.

[308]) Brunner a. a. O. S. 17 ff.

Digitized by Google

königlichen Landschenkungen die Uebertragung eines beschränkten Eigenthums die Regel.[309]) Wird trotzdem das geschenkte Land veräußert, so hat der Schenker ein dingliches Recht auf Herausgabe. Daneben kommen freilich auch unbedingte Schenkungen vor, namentlich an Kirchen; diese Eigenschaft der Schenkung wird dann aber besonders bemerkt, versteht sich nicht von selbst.[310])

Der Zweck tritt besonders bei den Landschenkungen hervor, die unter der Bedingung gemacht werden, daß der Beschenkte dem Schenker treue Dienste leistet; solche sind im angelsächsischen und burgundischen Rechte, ebenso im bayerischen Dingolfinger Dekret nachweisbar.[311]) Mit Aufhebung des Treuverhältnisses kehrt hier das Eigenthum an den Schenker zurück.

II. 1. Aus der Schenkung des deutschen Rechts hat sich das droit de retour des code civil entwickelt, von dem man noch bis in die neueste Zeit annahm, es entstamme dem römischen Recht.[312])

Das droit de retour des code civil ist entweder gesetzlich oder vertragsmäßig; das gesetzliche wird in a. 747, das vertragsmäßige in a. 951 und 952 behandelt.

a. 747 lautet: les ascendans succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfans ou descendans décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. Si les objets ont été aliénés, les ascendans recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.

Er setzt ein Erbrecht der Ascendenten für solche Sachen fest, die sie Descendenten geschenkt haben, falls diese ohne Nachkommen verstorben sind, und die Gegenstände sich noch im Nachlaß finden, bezw. für den rückständigen Kaufpreis. Somit fällt er aus dem Rahmen der Resolutivbedingung heraus.

Von größerer Bedeutung für uns sind daher a. 951 und 952, die das vertragsmäßige droit de retour regeln. a. 951 bestimmt: le do-

[309]) Brunner a. a. O. S. 25 ff.

[310]) Brunner a. a. O. eod.

[311]) Brunner a. a. O. S. 24 f.

[312]) So neuerdings noch Marquis, de la dot profective en droit Romain et du droit de retour de l'ascendant donateur dans l'ancien droit Français; thèse pour le Doctorat (faculté de droit de Paris); vergl. hierzu Brunner, Ueber den germanischen Ursprung des droit de retour (Forschungen S. 676 ff.).

Digitized by Google

nateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendans. Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul.

a. 952 besagt: l'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques, sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques.

Es wird hier also ausdrücklich die Resolutivbedingung mit dinglicher Wirkung zugelassen: mit dem Tode des Beschenkten oder der Abkömmlinge desselben kehrt das Eigenthum unmittelbar an den Schenker zurück.[313]) Es kann jedoch nur der Rückfall an den Schenker bedungen werden; die Resolutivbedingung zu Gunsten eines andern würde sich als eine gemäß a. 896 verbotene Substitution darstellen.

Daraus ergiebt sich sofort der Unterschied von dem vorigen Falle. Nach a. 747 erlangt der Abkömmling an den ihm vom Ascendenten geschenkten Objekten kein resolutiv bedingtes, sondern volles unbeschränktes Eigenthum; der Ascendent hat nur ein singuläres Erbrecht. Der praktische Unterschied von dem vertragsmäßigen droit de retour besteht darin, daß hier der Abkömmling in Verfügungen über die Sache in keiner Weise beschränkt ist, der Ascendent nur erhält, was von der Sache noch übrig ist und für die Schulden des Abkömmlings mithaften muß.

2. Die Unterscheidung in droit de retour légal und conventionel entstammt dem altfranzösischen Rechte.[314]) Aber dieser Unterschied wurde nicht immer in gleicher Weise durchgeführt, wie dies im code civil geschieht. Was das droit de retour légal betrifft, so war sein Wesen im Gebiet des droit écrit und des koutumiären Rechts verschieden.[315])

---

[313]) Vergl. auch Zachariae-Crome, Französisches Civilrecht, 6. Aufl. Bd. IV S. 399 ff.

[314]) Vergl. auch Pothier, donations I S. 278.

[315]) Marquis a. a. O. S. 295 ff., 538 ff.; Brunner a. a. O. S. 677 ff., 690 ff.; Zachariae-Crome IV S. 62 Anm. 1; Viollet, histoire de droit français II S. 729.

Digitized by Google

Im kontumiären Recht war es bereits so gestaltet, wie wir es im code civil a. 747 finden: lediglich singuläres Erbrecht. Hingegen ist es im geschriebenen Recht eigentliches Rückfallsrecht mit resolutiver condicio legis. Nur in den Gebieten, die zu den Parlamenten von Paris und Dijon gehörten, faßte man das droit de retour als singuläres Erbrecht auf; denn in ihnen galt hauptsächlich das Recht der coutumes, und dies bestimmte vielfach die Gerichtspraxis auch für das geschriebene Recht.[316]) Im droit écrit war das droit de retour übrigens höchst persönlich.[317]) Es stand dem Vater und den väterlichen Ascendenten überall zu, der Mutter und den mütterlichen Ascendenten allgemein mit Ausnahme des Gebiets des Parlaments von Grenoble,[318]) in Toulouse auch Geschwistern, Onkeln und Tanten;[319]) weiter wurde es aber nirgends ausgedehnt. Es erstreckte sich auf Mobilien und Immobilien.[320])

Wichtiger für uns ist das vertragsmäßige droit de retour, das sich als echt resolutiv bedingtes Recht im code civil bis heute erhalten hat. Es findet sich gleichfalls in den codificirten coutumes, so in den coutumes de Bourbonnois aus dem Jahre 1521:[321]) en donation d'entrevifs d'aucune chose particuliere, ou autre valable, on peut faire clause resolutoire, comme, si le donnant survit le donataire (ou autres semblables), audit cas les dites donations soient resolues et pour non advenues; et telles donations sont bonnes et valables. Et neanmoins le cas de la resolution advenant, sont et appartiennent les choses données ausdits donateurs, lesquels s'en peuvent, esdits cas, dire saisis et vestus dedans l'an de ladite resolution, tout ainsi qu'ils estoient au temps de ladite donation.

---

[316]) Marquis a. a. O. S. 206, 208 f.

[317]) Marquis a. a. O. S. 238 ff., Brunner a. a. O.

[318]) Marquis a. a. O. S. 216 f.

[319]) Marquis a. a. O. S. 219.

[320]) Marquis a. a. O. S. 251, Brunner a. a. O. Im übrigen ist auf diese beiden zu verweisen. Namentlich braucht auf die Ansicht, das droit de retour gründe sich auf justinianisches Recht, nicht näher eingegangen zu werden, da sie von Brunner bereits eingehend widerlegt ist, hauptsächlich durch den Nachweis, daß das droit de retour légal sich bereits in der Handfeste von Laon von 1128 findet (S. 680 ff.).

[321]) coutumier général III S. 1247 a. 215.

Digitized by Google

Die Rückfallsberechtigung gab also dem Berechtigten nicht nur Eigenthum, sondern auch Besitz, in entsprechender Anwendung des Satzes, daß bei Erbfolge Eigenthum und Besitz auf den Erben übergeht. Daraus ergiebt sich die ganz deutschrechtliche Natur des Instituts. Allerdings machte der Besitzrückfall dann Schwierigkeit, wenn ein Dritter unterdessen die Sache erworben hatte. Hier unterschied Dumoulin, ob dem Dritten bei seinem Erwerb die Möglichkeit des Rückfalls angekündigt war oder nicht.[322]) Im ersteren Fall fand auch ihm gegenüber Besitzrückfall statt, letzterenfalls nicht. Eine Schenkung mit Rückfallrecht war in den koutumiären Gebieten gewissermaßen ein Ersatz für die erst allmählich anerkannte Testiermöglichkeit.

III. Sie findet sich daher auch in Deutschland in Gebieten, wo das Testierrecht sich nur allmählich entwickelte, insbesondere in Cöln. Deswegen bieten die Cölner Schreinsurkunden[323]) des 12. Jahrhunderts wichtige Beispiele mit gleichartigen Rechtsformen.

Die wichtigsten sind folgende:

1. Bd. I Laurenzpfarre 6 II 18, S. 283, aus den Jahren 1198 bis 1206:

Theodoricus filius Godefridi de Nussia contradidit et delegavit fratri suo Godefrido dimidietatem utriusque domus site ante portam Martis, que totalis fuit patris eorum, tali conditione, ut, si predictus Godefridus de uxore sua Cristina pueros vitales (vortberich) genuerit, eorum sit, sin autem, predicta hereditas prefati Th(oderici) ad proximos heredes ipsius devolvetur. Hec firma erunt, si predictus Th(odericus) de partibus transmarinis non revertitur.

Gottfried von Neuß war Eigenthümer zweier Häuser vor dem Marsthor, starb und vererbte sie an seine Söhne Theoderich und Gottfried. Theoderich will sich am Kreuzzug betheiligen und schenkt das Eigenthum an seiner ideellen Hälfte seinem Bruder Gottfried unter folgenden Resolutivbedingungen:

a. wenn aus der Ehe Gottfrieds mit Christine Kinder hervorgehen, soll diesen das Eigenthum (d. h. nach dem Tod des Gottfried) zufallen,

[322]) Erwähnt in der Note der Ausgabe der coutumes de Bourbonnais von Pommiers, S. 299 zu a. 215.

[323]) Kölner Schreinsurkunden, herausgegeben von Hoeniger.

Digitized by Google

b. tritt dieser Fall nicht ein, so soll das Eigenthum an die nächsten Verwandten Theoderichs kommen,

c. alles dies soll nur dann gelten, wenn Theoderich nicht mehr zurückkehrt.

Es ist hier also zweimal der Eintritt einer Resolutivbedingung denkbar, so wenn nach dem Tode des Gottfried entweder dessen Kinder oder Theoderichs Verwandte Eigenthümer geworden sind, und Theoderich dann zurückkehrt.

2. Aehnlich ist eine andere Urkunde (Bd. I Laurenzpfarre 3 IV 11, S. 242) aus den Jahren 1159—1172:

Manifestamus vobis quod Teodericus filius Blithildis contradidit hereditatem sitam iuxta ecclesiam apud Knehtesteden. consensu matris, ea conditione, ut, si non redierit ab Jerosolimis. et si tunc mater retinere potuerit. post obitum suum apud Knehtsteden permaneat. Si vero retinere non potest. vendat et vivat ab ipsa. Et si predictus filius eius Teodericus redierit. ipsam hereditatem sicut ante obtineat.

Theoderich zieht ins heilige Land und schenkt sein Anwesen, das neben der Kirche in Knechsteden[324]) gelegen ist, dieser, jedoch unter Resolutivbedingung für den Fall, daß er zurückkehrt. Dies geschieht mit Einwilligung von Theoderichs Mutter Blithildis, welche die Leibzucht erhält. Außerdem enthält die Stelle für den Ausfall der Resolutivbedingung noch eine zweite Beschränkung, die in der Leibzucht der Mutter begründet ist: falls Blithildis ihren Unterhalt aus den Einkünften des Grundstücks nicht bestreiten kann, soll sie es veräußern können.

3. Urkunde (Bd. I Martinspfarre 12 VI 15) aus den Jahren 1189—1190:

Heinricus disposuit et dedit uxori sue (Heiliwigi) terciam partem dimidie domus sue super aquaeductum site in — — — et terciam partem — dimidie domus sue site inter — — — — ita, si prolem genuerint, hereditatem illam possideat, si non et si ipsa Heiliwigis Heinricum supervixerit. victualia sua. quamdiu vixerit, in eadem hereditate habebit, post mortem vero Heiliwigis eadem hereditas ad proximos heredes Heinrici redeat.

Heinrich hat zwei Häuser, jedes zur Hälfte, zu eigen und schenkt

[324]) Im heutigen Kreise Neuß; s. Hoeniger, Urkunden II S. 271 f.

Digitized by Google

nun von seinem Antheil an jedem Hause $^1/_3$ seiner Frau Heiliwigis unter folgenden Resolutivbedingungen:

a. sollten aus der Ehe Kinder hervorgehen, so soll das Eigenthum der Heiliwigis zu Gunsten der Kinder erlöschen;

b. sollte dieser Fall nicht eintreten, so soll die Wittwe nach dem Tod Heinrichs Eigenthümerin bleiben, um daraus ihren Unterhalt zu schöpfen.

Diese Bestimmung will wohl besagen, daß sie zum Nachtheil der resolutiv Berechtigten nur soweit veräußern kann, als zum Zweck ihres Unterhalts nöthig ist. Mit ihrem Tod soll dann das Eigenthum an die (dann noch lebenden) Erben fallen.

4. Zwei einander entsprechende Urkunden (Bd. I Martinspfarre 12 V 28 und 29) von 1189—1190:

Cristianus et uxor eius Richeza dederunt filio suo Hermanno et uxori sue Cunize dimidiam domum suam et aream super Malzbuchel sitam, ante et retro, sicut in sua possessione habuerunt, ita, si prolem genuerint, hereditatem illam possideat, si non et si ipsa Cuniza Hermannum supervixerit, ususfructum, quamdiu vixerit, in hereditate illa possideat, post mortem vero Cunize eadem hereditas ad proximos (heredes) Hermanni rehereditet.

Die Eltern der Cunize kaufen den anderen Theil des gleichen Hauses, schenken ihn ihrer Tochter und bestimmen dementsprechend:

Hermannus et uxor sua Gertrudis emerunt alteram dimidiam partem eiusdem domus — — — et dederunt eam filie sue Cunize et marito suo Hermanno, ita, si prolem genuerint, hereditatem illam possideat, si non et si Hermannes Cunizam supervixerit, hereditatem illam ad finem vite sue possideat, post mortem vero Hermanni eadem hereditas ad proximos heredes Cunize redeat.

IV. Eine Abart des resolutiv bedingten Schenkungseigenthums ist auch das Eigenthum, das in der Hand des Salmanns entsteht. Daß dieser in der That Eigenthümer des Gutes ist, nicht nur ein dingliches Recht an fremder Sache hat, dies hat für das langobardische Recht bereits Schultze[325]) nachgewiesen. Sein Eigenthumsrecht ergiebt sich vor allem aus seinem Recht, die Sache zu veräußern; deswegen ist

[325]) Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, Gierke's Untersuchungen Heft 49 S. 76 ff.

Digitized by Google

[illegible] in se nullum obtineat [illegible] — [illegible] cartam venditionis [illegible] constituto — — — [illegible] peciam de terra in dup[illegible] [illegible] distulerint — — — [illegible] venditionis in [illegible] antea de ipsa pecia [illegible]

[illegible] Urkunden:

[illegible] historiae patriae [illegible]

[illegible] vendicionis pro [illegible] — — que [illegible] a presenti die [illegible] fuissent potestatem [illegible] exinde quicquid [illegible] et spondeo me [illegible] missum mihi vel [illegible] de predictum argent[illegible] [illegible] cartulam vendicionis [illegible] rebus emixisti capsata [illegible]

[illegible] die Hälfte eines Hauses [illegible] Befugniß des Pfandgläubigers [illegible] erwähnt. Sobald aber der [illegible] Sache einlösen will, [illegible] in der vorerwähnten Stelle [illegible] [illegible] et taliata" zurückgegeben [illegible]

[illegible] aus Sardinien von 1143.

[illegible] pro solvendis debitis:

Supra [illegible] eo tinore, si ego qui supra Bernardus [illegible] dederimus vobis — — — solidos mille ducentos [illegible] de capitali salvos in terra et prode per singulam [illegible] per libras solidos tres de quanto habere de Sardinia ad Pisam misero, — — — quod sit inanis et vacua et in nostra redeat potestate.

Digitized by Google

3. Muratori, antiquitates Italiae III S. 1111, von 1109:

Vido und Rainer übergeben an den Erzbiſchof von Piſa, die Konſuln von Piſa, den Lanbertus Guilico und Rainulfus (Söhne des Ubaldus) curtis und castellum de Monte maximo, bedingen ſich aber aus:

ista carta facta est eo tinore, ut si nos qui supra jugalibus vel noster missus dederimus vobis et perexolverimus qui supra filiis Ubaldi vel vestro certo Misso — — libras septecentum — — — ista carta sit inanis et vacua et in nostra deveniat potestatem.

4. Muratori a. a. O. S. 1161, von 1146:

ista venditionis carta nomine pignoris tali tenore facta est, quin (bei Einlöſung) — — — tunc ista venditio et carta resolvatur, reddatur et nihil valeat.

5. Muratori a. a. O. S. 1131, von 1120 (aus Piſa):

quod sit inanis et vacua et in nostra redeat potestate.

6. Muratori a. a. O. III S. 1125, von 1116:

Robodo verkauft an den Biſchof von Piſa, den Grannus vicedominus und Ildebrandus iudex castrum et curtem, aber unter der Beſchränkung:

ista carta facta est eo tenore: Si ego qui supra Robodo marchio vel meus heres sive successor aut meus missus vobis qui supra Petro episcopo — — — parati fuerimus ad dandum et persolvendum — — — vos habeatis et detineatis totum usumfructum, quod a vobis usque tunc de predicto castello et curte receptum fuerit — — — quod sit inanis et vacua et in nostra redeat potestate.

III. Auch in Frankreich entwickelte ſich dieſer reſolutiv bedingte Verkauf. Als Belege mögen folgende Entſcheidungen dienen:

1. Olim III, 1, 63 S. 107 aus dem Jahre 1301:[335])

Cum ex parte Fortanerii — — — militis, asserentis, quod, cum ipse diversis debitis usurariis honeratus, quamdam villam suam — — pro certo precio convento et sibi soluto Jacobo Joh. .... innobili vendidisset — — — et hoc ut dicitur adiuncto, quod, si dictus miles infra quinquennium a tempore dicte vendicionis

[335]) Vergl. auch Franken a. a. O. S. 176.

Digitized by Google

seine Stellung auch nicht mit der eines Mundwaltes zu vergleichen.[326]) Daß sein Recht nicht als proprietas bezeichnet wird, spricht nicht dagegen, da diese Bezeichnung meist nur für völlig ungebundenes Eigenthum angewandt wurde.[327])

In der folgenden, einer bretonischen Urkunde[328]) aus den Jahren 865—870 ist der Salmann Männetes Eigenthümer:

— — interpellavit quidam homo nomine Uordoital alterum hominem nomine Maenueten, presbyterum, propter III modios de brace de — — —, quos supradictus Uordoetal illi, multo ante tempore, in sua elemosina dederat; dicebat enim Uordoetal non se dedisse ei hanc elemosinam ut posse (leg. posset) transferre ad alium locum ubi voluisset, nisi tantum ad aecclesiam Rufiac. Tunc supradictus Maenueten, presbyter, placitum inde voluit levare, et suam cartam cum suis testibus in publicum adunare, quodo illi soli specialiter et iure proprietario hanc elemosinam dedisset Uordoetali. — —

Hier ist Männetes nach Behauptung des Klägers Salmann, er dürfe die Sache nur an die Kirche Rufiac weiterübertragen, jede andere Uebertragung sei nichtig gewesen. Der Beklagte behauptet dagegen unbedingte Schenkung. Der Streit wird aber durch Vergleich erledigt, indem durch ein neues Rechtsgeschäft Männetes unbedingter Eigenthümer wird.

III. Die Uebertragung resolutiv bedingten Eigenthums zum Zweck der Pfandbestellung.

§ 39.

I. Das deutschrechtliche Proprietätspfand kann in doppelter Weise gestaltet sein: entweder überträgt der Pfandschuldner dem Pfandgläubiger das Eigenthum suspensiv bedingt für den Fall nicht rechtzeitiger Befriedigung, oder er überträgt ihm das Eigenthum sofort unter Resolutivbedingung für den Fall der Einlösung. Diesen zweiten Fall, den wir im folgenden allein behandeln, hat die Wissenschaft als Verkauf auf Wiederkauf aufgefaßt[329]) (oder noch weniger treffend „Kauf auf Wieder-

[326]) Schultze a. a. O.

[327]) Schultze a. a. O. S. 85.

[328]) cartulaire de Redon. S. 110 nr. 144; Hübner, Immobiliarproceß S. 178f.; Brunner a. a. O. S. 33; Schultze a. a. O. S. 87.

[329]) Hierzu vergl. Franken a. a. O. S. 175ff.

Digitized by Google

kauf"), obwohl die Bezeichnung für dies deutschrechtliche Institut ebenso unrichtig ist, wie für den römisch-rechtlichen Verkauf auf Wiederkauf, der als Gegenstück des pactum displicentiae oben in § 35 behandelt ist. Mit Unrecht hat man beide Institute als gleichartig angesehen. Sie haben zwar das Gemeinsame, daß der Verkauf unter einer resolutiven Nebenabrede geschieht; während diese aber im römischen Recht nur obligatorisch ist, ist sie im deutschen Recht dinglich und somit eine echte Resolutivbedingung.

Diese resolutiv bedingte Pfandform findet sich im cartularium Langobardorum, in oberitalienischen Urkunden des 11.—14. Jahrhunderts,[330]) in Frankreich und in Deutschland.

II. Die Verpfändung geschah in Italien in der Art, daß der Pfandschuldner dem Gläubiger eine Verkaufsurkunde (carta) bezüglich des Pfandobjektes ausstellte, wogegen dieser sich in einer zweiten Urkunde (contracarta) für den Fall rechtzeitiger Tilgung der Pfandschuld zur Rückgabe der Verkaufsurkunde verpflichtete. Beide Urkunden konnten auch in eine verschmolzen werden, indem man carta und contracarta auf demselben Pergament unmittelbar auf einander folgen ließ. Der Unterschied zwischen beiden Fällen ist rein äußerlicher Natur;[331]) die Praxis mag wohl in den einzelnen Gegenden verschieden gewesen sein. M. E. nicht richtig ist es aber, wenn man den Brauch, Verkauf und Resolutivbedingung in einer Urkunde zusammenzufassen, als eine abweichende toskanische Rechtssitte[332]) bezeichnet hat, da dieser Brauch auch in Oberitalien[333]) geübt worden ist.

Im cartularium Langobardorum findet sich folgendes Schema:[334])

Traditio promissionis pro debito. Martine, modo promitte et sponde te et tuos heredes Petro et suis heredibus, quod si Petrus aut sui heredes tibi aut tuis heredibus dederint aut sanationem fecerint de centum solidis — — — — reddatis ei cartam illam venditionis quam vobis emisit de petia una de terra — — — cap-

---

[330]) Vergl. Val de Liévre, Vannegild und Wadia S. 28f., 31ff.; Brunner, Forschungen S. 624ff.; J. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S. 40.

[331]) Vergl. Franken, Französisches Pfandrecht S. 180 Anm. 2.

[332]) So Val de Liévre S. 32; ihm folgend Brunner a. a. O. S. 625.

[333]) Vergl. unten die Urkunde 1, die aus Novara stammt.

[334]) Vergl. auch Val de Liévre a. a. O. S. 29 Anm. 1.

Digitized by Google

satam et taliatam, ut in se nullum obtineat robur. Quod si — — — distuleritis praedictam cartam venditionis capsatam et taliatam reddere in eodem constituto — — — tunc componatis poenae nomine eandem peciam de terra in duplum. Et si ipse Petrus aut sui heredes distulerint — — — precium adimplere. — — — tunc eadem carta venditionis in suo maneat robore et facias — — — dehinc in antea de ipsa pecia de terra proprietario nomine quicquid volueritis.

Dem entsprechen folgende Urkunden:

1. Chartae (Monumenta historiae patriae) I 240 (S. 408) aus Novara von 1014:

emixisti in me odie cartulam vendicionis pro percepto precio — — — de medietatem de casis — — — que ut supra medietas de predictis rebus designata a presenti die in mea aut cui ego dedissem vel abere statuissem fuissent potestatem proprietario iure abendum et faciendum exinde quicquid voluissemus: unde modo promitto ego — — — et spondeo me ego — — — tibi ut si tu aut tuis eredes aut tuum missum mihi vel ad meos eredes aut ad meum missum dederitis — — — de predictum argent. denarios — — — quod vobis eadem cartulam vendicionis quas tu cui supra odie in me de predictis rebus emixisti capsata et taliata dare et reddere debeamus.

Hier ist für eine bestimmte Geldsumme die Hälfte eines Hauses als Eigenthumspfand hingegeben; die Befugniß des Pfandgläubigers zur Veräußerung wird noch besonders erwähnt. Sobald aber der Verpfänder oder sein Rechtsnachfolger die Sache einlösen will, soll ihm die Verpfändungskarta — ebenso wie in der vorerwähnten Stelle des cartularium Langobardorum — „capsata et taliata" zurückgegeben werden.

2. Chartae II 207, S. 251, aus Sardinien von 1143.

Es handelt sich um einen Verkauf pro solvendis debitis:

Suprascripta cartula facta est eo tinore, si ego qui supra Bernardus (Verkäufer) — — dederimus vobis — — — solidos mille ducentos quadraginta — — de capitali salvos in terra et prode per singulum annum per libras solidos tres de quanto habere de Sardinia ad Pisam misero. — — — quod sit inanis et vacua et in nostra redeat potestate.

Digitized by Google

3. Muratori, antiquitates Italiae III S. 1111, von 1109:

Vido und Rainer übergeben an den Erzbiſchof von Piſa, die Konſuln von Piſa, den Lanbertus Guilico und Rainulfus (Söhne des Ubaldus) curtis und castellum de Monte maximo, bedingen ſich aber aus:

ista carta facta est eo tinore, ut si nos qui supra jugalibus vel noster missus dederimus vobis et perexolverimus qui supra filiis Ubaldi vel vestro certo Misso — — libras septecentum — — — ista carta sit inanis et vacua et in nostra deveniat potestatem.

4. Muratori a. a. O. S. 1161, von 1146:

ista venditionis carta nomine pignoris tali tenore facta est, quin (bei Einlöſung) — — — tunc ista venditio et carta resolvatur, reddatur et nihil valeat.

5. Muratori a. a. O. S. 1131, von 1120 (aus Piſa):

quod sit inanis et vacua et in nostra redeat potestate.

6. Muratori a. a. O. III S. 1125, von 1116:

Robodo verkauft an den Biſchof von Piſa, den Grannus vicedominus und Ildebrandus iudex castrum et curtem, aber unter der Beſchränkung:

ista carta facta est eo tenore: Si ego qui supra Robodo marchio vel meus heres sive successor aut meus missus vobis qui supra Petro episcopo — — — parati fuerimus ad dandum et persolvendum — — — vos habeatis et detineatis totum usumfructum, quod a vobis usque tunc de predicto castello et curte receptum fuerit — — — quod sit inanis et vacua et in nostra redeat potestate.

III. Auch in Frankreich entwickelte ſich dieſer reſolutiv bedingte Verkauf. Als Belege mögen folgende Entſcheidungen dienen:

1. Olim III, 1, 63 S. 107 aus dem Jahre 1301:[335])

Cum ex parte Fortanerii — — — militis, asserentis, quod, cum ipse diversis debitis usurariis honeratus, quamdam villam suam — — pro certo precio convento et sibi soluto Jacobo Joh. .... innobili vendidisset — — — et hoc ut dicitur adiuncto, quod, si dictus miles infra quinquennium a tempore dicte vendicionis

[335]) Vergl. auch Franken a. a. O. S. 176.

Digitized by Google

facto vellet dicto emtori reddere et solvere precium supradictum. villam predictam — — — sic venditam recuperaret et haberet: — — die Sache nimmt hier aber einen besonderen Verlauf: da der verkaufte Gegenstand Lehnssache ist und trotzdem an einen innobilis verkauft wird, so löst sie der Seneschall aus und zieht das Lehn ein.

2. Olim III, 1 S. 118 nr. 5 aus dem Jahre 1303:

— — — induxerat ad vendendum eidem dictas litteras (Schuldurkunde) — — — hoc tamen acto expresse in vendicione predicto. quod, quocienscumque idem miles dicto lombardo solveret pecuniam mutuatam idem lumbardus dicto militi redderet litteras ante dictas: der Lombarde behauptet, die Einlösung sei an eine Zeit gebunden gewesen und in dieser nicht erfolgt, das Recht daher erloschen. Dies verneint das Gericht und gestattet nachträgliche Einlösung.

IV. Von deutschen Urkunden sind folgende bemerkenswerth:

1. v. Meibom, Deutsches Pfandrecht S. 359 Anm. 309 (aus Wenck, Hessische Geschichte I nr. 160) aus dem Jahre 1326:

Graf Heinrich von Weilnau verkauft Burg und Stadt Weilnau dem Probst zu Gemünden auf Wiederverkauf: 'und ginge denselbin probst oder sin erbin noit an, he mach alliz diz vorg. gnit vurwert virsetzin — — — zu allin deme rechte, alse he adir sin erbin iz besitzint, also doch, daz wir und unse erbin daz gnit allewe vindin zu losene umme diselbin peninge alz iz dem probste und sinen erbin stet.'

2. Das Stralsunder Stadtbuch enthält folgendes Geschäft[336]) aus dem Jahre 1303:

Henricus Westfal in Bodenstrat emit dimidietatem heredidatis Johannis Lore ad sex annos pro centum mrc. den.; quolibet anno idem Henricus percipiet — — —; finitis autem sex annis si Johannes Lore reemerit volverit et melior est, preciosius reemet. si peior, minus emet quam pro centum mrc., et quidquid medio tempore superedificari debet, hoc faciet Johannis Lore. si autem conbureretur medietas aree, pertinebit eidem Henrico sub condicionibus antedictis.

Wir finden hier das Wort 'reemerit', ohne daß darauf besonderes Gewicht zu legen ist. Der höhere oder niederere Einlösungspreis ist

[336]) Das älteste Stralsunder Stadtbuch, herausgegeben von Fabricius S. 124, V, 185.

Digitized by Google

lediglich ein Ausdruck dafür, daß der Verkäufer Verbesserungen ersetzen soll, jedoch die Gefahr der verschuldeten oder unverschuldeten Verschlechterung nicht trägt, ebensowenig die des Unterganges. Eine Verpfändung ist ja in der Art möglich, daß der Pfandschuldner um mehr oder minder Geld die Sache einlösen muß. Hierin zeigt sich die Vielseitigkeit dieses Instituts.

3. Königl. Geh. Staats-Archiv zu Berlin; mehrfach abgedruckt z. B. bei Friedlaender, Das Einlager S. 160 Nr. 6, vom 19. November 1292:

Markgraf Albrecht von Brandenburg verpflichtet sich mit seinen Vettern Otto und Konrad, Nikolaus von Werle in seine Besitzungen gemeinsam einzusetzen, seinen Vettern dafür 5000 Mark zu zahlen und ihnen das Land Schiefelbein für 4000 Mark zu verpfänden:

pro iam dicto adiutorio nobis a nostris patrnis impendendo — — — promisimus nostris dictis patruis quinque milia marcarum. ponentes eisdem nostris patruis pro quatuor milibus marcarum terram Schievelbeyn sub hac forma. quod eandem terram Schievelbeyn cum quatuor milibus marcarum in die assumptionis beate Marie nunc futura post ad unum annum redimere debemus; si vero in iam dicto tempore dictam terram non redimeremus cum prodicta pecunia. ex tunc erit terra Schivelben nostrorum patruorum. et ipsam amplius nos redimere non licebit. — — —; pro iam dicto adiutorio nobis impendendo — — — et pro terra Schievelben ut detur nobis copia redimendi eandem terram. posuerunt nobis nostri patrui castrum Wolveshaghen cum viginti villis proxime iacentibus sic quod si nos non iuvarent. ut predictum est. et nobis terram Schievelben redimendam denegarent. extunc dictum castrum Wolveshaghen cum viginti villis proximis erit nostrum. tam diu. donec a nostris patruis predicta omnia retradentur. — — — —

Otto und Konrad erlangen hier an dem Lande Schiefelbein resolutiv bedingtes Eigenthum; die Einlösungsfrist für Albrecht beträgt ein Jahr. Erfolgt in dieser Zeit der „Rückkauf" nicht, so sollen sie unbeschränktes Eigenthum erhalten. Dafür, daß die Hülfe thatsächlich geleistet und Albrecht die Möglichkeit des „Rückkaufs" gegeben wird, verpfänden Otto und Konrad ihrerseits suspensiv bedingt das Lager Wolfshagen mit benachbarten Ortschaften.

Digitized by Google

4. Provinzial-Archiv zu Münster; abgedruckt bei Friedlaender, Das Einlager S. 161 Nr. 7; vom 16. Januar 1317:

Everwin von Zevenharen verkauft zwei Güter an Wilhelm von Brabant und dessen Sohn resolutiv bedingt, und zwar:

concesso tamen mihi (sc. Everwino) ob favorem et amicicium specialem quod ego vel heredes mei dicta bona ab ipsis emptoribus et eorum heredibus dicta bona reemere possum in festo cathedre beati Petri nunc instanti ad tres annos immediate subsequentes, et interim singulis annis in eodem festo pro eodem summa pecunie et valore prenotato, proventibus pro rata temporis preteriti presolutis, alias dicti emptores prefata bona hereditarie obtinebunt: quod si evenerit, videlicet quod hereditarie obtinebunt, veniam ego Everwinus una cum heredibus meis quorum interest et hec bona resignabo in loco ubi habeat firmitatem et stabilitatem et tunc a die resignacionis horum bonorum prestabo warandiam dictis emptoribus pront de proprio est consuetum. — —

Wilhelm von Brabant und dessen Sohn erlangen sofort Eigenthum: die Resolutivbedingung soll drei Jahre lang „in festo cathedre beati Petri", d. h. am 22. Februar, eintreten können. Nach dieser Zeit erhalten die Käufer, falls kein „Rückkauf" stattgefunden hat, erst das unbeschränkte Eigenthum: erst dann erfolgt die Auflassung.

IV. Der vereinbarte Retrakt.

§ 40.

Retraktrecht ist das Recht, das gewissen Personen zusteht, ein verkauftes Grundstück vom Käufer oder späteren Erwerber gegen Erstattung des Kaufpreises innerhalb bestimmter Zeit zu erwerben. Das Retraktrecht ist also ein dingliches Recht und unterscheidet sich gerade durch diese Eigenschaft von dem bloßen Vorkaufsrecht, das der Verkäufer nur gegen den Käufer hat.[317]) In den meisten Fällen gründet sich das Retraktrecht auf Gesetz oder Gewohnheit; hier ist lediglich die zu Grunde liegende Rechtsquelle maßgebend, und von einer Resolutivbedingung kann nicht eigentlich gesprochen werden. In diesem Zusammenhang kommt nur der vertragsmäßige Retrakt in Betracht. Ob

[317]) Vergl. hierzu Stobbe, Deutsches Privatrecht II S. 138 ff. Auf die alte Streitfrage über die juristische Natur des Retraktrechts ist hier nicht näher einzugehen.

Digitized by Google

aber ein Retrakt durch Vertrag überhaupt begründet werden könne, war lebhaft bestritten.

Die italienischen Urkunden des 12. Jahrhunderts kennen ihn nicht. Folgende Urkunde[338]) aus dem Jahre 1155 enthält z. B. ein lediglich persönliches Vorkaufsrecht:

promicto vobis — — — quod si quod habemus in Manzaro — — — vendi debuerit, nisi alter vestrum id emet, vendemus (werden zum Kauf anbieten) id vobis pro nepotibus vestris aut uni illorum, si alter id emere voluerit, si volueritis id emere pro iusto precio sine fraude sicuti ab alio inde potuimus habere.

Der Vertrag wird eidlich sub pena librarum C abgeschlossen.

Ebenso enthält ein nur persönliches Vorkaufsrecht die Urkunde ibid. nr. 247 S. 289.

Dagegen finden wir bei einzelnen deutschen Urkunden ein vertragsmäßig begründetes Retraktrecht, so z. B. bei folgender aus dem Jahre 1362:[339])

wer daz der (Käufer) dy gut ymande gebe oder beschide, her wer phaffe oder leyge, by lebendem libe oder noch syme tode, demselbin der dysin brief von seinetwegen inne hatte, dem sullen dy gut mit allem recht volgen und sullin wir auch den wyderkouf zu ume tun gleicher weis als nu yn selbes:

ebenso bei folgender Urkunde vom 9. März 1237:[340])

Scire debitis, quod cum magister Vuihmannus noster scolasticus quandam domum et aream — — pro IV marcis argenti iure civili in proprium comparasset titulo emtionis, et in pretorio eidem scolastico fuisset per pacis sententiam confirmata, — — sed postmodum sepedictus scolasticus predictam domum et aream magistro Wilbrando — — vendidit in proprium. — — Sane prefatus prepositus, quia prefata domus et area adiacet nostre ecclesie, de liberalitate propria repromisit nobis, quod si ipse vel ille, cui eam donaret vel legaret in futuro, vellet vendere, ipse prius nobis emendam pro eodem precio exhiberet — —, nobis

[338]) Chartae II nr. 248 S. 289.

[339]) Aus Baur, Hessische Urkunden II, citirt bei Platner in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte IV S. 150 Anm. 120.

[340]) Bremer Urkundenbuch Bd. I S. 235 Nr. 202; auch angeführt bei Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 271.

Digitized by Google

presignificando ad spacium unius anni tantum sub testimonio duorum vel trium, ut medio tempore ad emtionem predictorum pecuniam acquiramus. Anno vero evoluto si repudiatam domum et aream non persolverimus, prenominatus prepositus vel cui ipse eam donaverit vel legaverit, distrahendi et vendendi liberam habebit sine contradictione cuiuslibet facultatem.

Daraus ergiebt sich deutlich, daß ein wirkliches Retraktrecht vorliegt, d. h. ein dingliches Recht, das auch gegen den künftigen Erwerber geltend gemacht werden kann.

Dritter Abschnitt.

Entwickelung im gemeinen Recht.

§ 41.

I. Erst im gemeinen Recht bildete sich eine allgemeine Lehre der Resolutivbedingung. Offenbar ist sie durch deutschrechtliche Ideen bestimmt. Die Entwickelung ging aus von Bartolus und Baldus. Bartolus handelt von einem Fall des Verkaufs auf Wiederkauf in der Erläuterung von fr. 9 de aqua et aquae pluv. (39, 3):

'Tota die contingit, vendo tibi rem, pacto apposito, quod eam tenearis revendere pro eodem precio mihi intra certum terminum. Interim tu obligas rem. Postea revendis mihi. An ad me transferatur illa res sine onere obligationis an cum onere? Et haec lex facit, quod non transeat cum onere: quia debuit requiri consensus venditoris. Sed pro declaratione huius legis et etiam quod debes distinguere. Aut res revertitur ad venditorem vel alium auctorem de necessitate: et tunc rescinditur omne ius servitutis vel pignoris constituti ab emtore. — Aut revertitur de voluntate vel de facto debitoris seu emtoris ad hoc directe ordinato: et ius constitutum non rescinditur — — — aut facto debitoris vel emtoris non directe ad hoc ordinato: et tunc solvitur omne ius per debitorem seu emtorem constitutum: l. lex vectigali de pign.[341]) ibi enim, licet non solvat, non tamen fuit voluntatis

[341]) fr. 31 de pign. (20, 1) lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat: postea is fundusa possessore pignori datus est: quaesitum est, an recte pignori datus est, respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. Item quaesiit, si.

Digitized by Google

directae, quia ad auctorem rediret. Et per hoc apparet, idem esse in pacto legis commissoriae quod hic per dictam legem lex vectigali.'

Ausgehend von fr. 9 (39, 3) will Bartolus zwei Hauptfälle unterſcheiden: ob die Sache 'de necessitate' an den Verkäufer zurückkehrt, d. h. ohne daß der Käufer irgend Grund dazu gegeben hat; hier erlöſchen die vom Käufer in der Zwiſchenzeit beſtellten Gerechtigkeiten und Pfandrechte ohne Weiteres, d. h. die Wirkung iſt dinglich; oder 'de voluntate vel de facto debitoris seu emtoris.' Hier macht er wieder zwei Unterabtheilungen: ob 1. der Wille des Käufers unmittelbar auf die Auflöſung des Geſchäftes abzielte; dann wird die einmal beſtellte Servitut oder das Pfandrecht nicht aufgehoben, die Wirkung iſt alſo lediglich obligatoriſch; oder ob 2. eine andere willkürliche Handlung des Käufers in Frage ſteht, z. B. Nichtzahlung des Kaufpreiſes: in dieſem Fall iſt die Wirkung wieder dinglich. Hierfür beruft er ſich auf fr. 31 de pign. (20, 1), wo ausgeſprochen wird, daß bei Erbpachtverhältniſſen im Falle der Nichtzahlung des vectigal die Sache zurückfällt, mit der Wirkung, daß in der Zwiſchenzeit beſtellte Pfandrechte erlöſchen. Dieſe Umſtände lägen dann auch bei der lex commissoria vor.

Bei der Erläuterung von fr. 41 de rei vind. (6, 1) unterſcheidet Bartolus zwiſchen verba directa und obliqua; er ſagt:[342])

Existente condicione pacti adiectionis in diem emtor ipso iure desiit esse dominus et immo non poterit vindicare. quaero, quae differentia est intra primum casum et secundum — — — et potest dicere, quod primum pactum non fuit adiectionis in diem, non enim fuerunt usi verbis directis — —, sed verbis obliquis. secundum vero pactum fuit adiectionis in diem directo — — — sed dices tu secundum hoc in primo casu dominium non transit; ergo emtor potest uti actione in rem.

Dieſe Unterſcheidung kennt auch Baldus; er ſagt im Anſchluß an fr. 4 de lege comm. (18, 3):

Pactum legis commissoriae non facit conditionalem emtionem,

---

cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent et propterea pronuntiatum esset fundum secundum legem domini esse, cuius potior causa esset, respondit, si, ut proponeretur vectigali non soluto iure suo dominus usus esset, etiam pignoris ius evannisse.

[342]) Vergl. oben S. 42 § 5.

Digitized by Google

sed emtionem resolvit — —. quaero hic, quando venditur sub pacto legis commissoriae vel adiectionis in diem, quae actio competit venditori condicione existente? Respondeo: aut apponuntur verba directa, ut sit inemta et tunc agetur rei vendicatione, quia res est apud emtorem sine causa. Si autem apponantur verba obliqua, quia res revertatur ad dominum, tunc agetur actione praescriptis verbis, quia non transit dominium recte via, quando verba contractus sunt obliqua — — Credo, quod in primo casu competat ad retraditionem actio ex vendito — — —

Diese Unterscheidung zwischen verba directa und obliqua scheint wohl sicher zurückzugehen auf den italienischen Urkundenstyl der instrumenta capsata et taliata. Wenn dort steht: carta sit inanis et vacua, so ist hier der — den römischen Quellen entlehnte — Ausdruck: sit res inemta gewählt. Wie dieser Unterschied später nachgewirkt hat, wird sich aus Folgendem ergeben.

II. Daß die Entwickelung des allgemeinen Begriffes der Resolutivbedingung augenscheinlich vom deutschen Recht ausging, beweist auch der Umstand, daß reine Romanisten, insbesondere Donellus († 1591) ihn nicht kennen; in seinen comment. lib. XVI cap. 18 behandelt er die in diem addictio, in cap. 19 die lex commissoria, ohne jedoch die dingliche Wirkung analog auf andere Fälle zu erstrecken; in der Erörterung der Bedingungen, auf die er im Legatenrecht (lib. VIII cap. 30 nr. 19) eingeht, erwähnt er die Resolutivbedingung nicht. Uebrigens nimmt auch Zasius († 1535) conc. XII nr. 34 (op. ed. 1550 pag. 135) an, daß aus dem pactum de retrovendendo 'nullum ius reale, sed tantummodo obligatio personalis oriatur'.

III. Anders die Praktiker. Aehnlich wie Baldus unterscheidet Carpzov, ob verba directa oder obliqua gebraucht werden. Er sagt hierüber (iurisprudentia forensis, pars I const. I defin. XVII): 'ex pacto retrovenditionis verbis directis concepto seu resolutivo competit rei vendicatio primo venditori adversus tertium possessorem' und begründet dies: 'si quidem hisce casibus ius retractus, quod ex pacto alicui competit, tribuit rei vendicationem adversus tertium possessorem, — — — quidem ergo idem diceremus de pacto retrovenditionis, cuius certe haud minor vis est et efficacia, [quodque iudicialiter confirmatum procul dubio rem afficit, et per consequens] — — — Alios praeterea casus, quibus venditori

Digitized by Google

datur actio realis adversus tertium possessorem refert Matth. Berlich. — — — inter quos notabilis hic est, qui admodum frequenter accidit, si nempe pactum de retrovendendo verbis directis conceptum fuerit, puta: quod si venditor pretium offerret, liceat ei rem suam recipere, vel res sit inemta et similiter. Tum enim, licet maxime emtor alii vendidisset, nihilominus venditor eam a tertio possessore vindicare poterit.'

Ebenſo lehrt Voët, das pactum de retroemendo habe dingliche Wirkung, wenn bedungen, daß 'pretio oblato res inemta sit' (comment. ad lib. XVIII. 3 de lege comm. nr. 7). Schilter (ad Pand. XXX lib. 18 tit. 1, § 54 S. 254) nimmt dingliche Wirkung des Verkaufs auf Wiederkauf an:

itaque contractus emtionis venditionis in hoc casu est perfectus et pure factus, sed et dominium per traditionem translatum, verum per pactum hoc adiectum revocabiliter: conditio enim adiecta, si pretium non fuerit solutum existens facit revocari dominium et redire ad venditorem ipso iure, totumque contractum dissolvi — — —

Darüber, ob ein dinglicher Retrakt vereinbart werden könne, führt Schilter keine eigene Meinung an, ſondern erwähnt nur ein responsum der Helmſtedter Fakultät, das dieſe Frage verneint (ad pand. XXX lib. 19 tit. 1 § 139 S. 281 f.): — — dieweil iedoch die ex solo iure protimiseos conuentionali herrührende action nur schlechter Dinges personali actione ad interesse zu halten, die auf dem Fall, da das dem retractui conventionali unterwürftige Stücke Guths verkaufft, und dem Kaeuffer wücklich übergeben, nicht gegen denselben, sondern wegen der gethanen Zusage adversus promittentem venditorem mit Bestande Rechtens angestellet werden mag. — — —

Lauterbach (colleg. Pandect. ad libr. XVIII. 3 nr. 28) nimmt an, daß der Vertrag 'ne emtori rem emtam alienare liceat' mit dinglicher Wirkung eingegangen werden kann.

IV. Der erſte, der, wie es ſcheint, den Begriff der Reſolutivbedingung mit dinglicher Wirkung allgemein aufſtellte und völlig von den einzelnen Fällen trennte, war Struk († 1701) in usus modernus pandectarum lib. XVIII. 1 de contr. emt., §§ 27, 29 ff.: Das Eigenthum geht in jedem Falle über (§ 31); für den Rückfall macht er, wie

Digitized by Google

Baldus, den Unterſchied zwiſchen verba directa, wo das Eigenthum dinglich zurückkehrt (§ 34; 'ipso iure absque traditione revertitur') und verba obliqua, wo von einer dinglichen Wirkung nicht die Rede iſt (§§ 33, 35). Auch er behandelt die letztere beim pactum retrovenditionis, § 36 ff. Daß er in der dinglichen Wirkung der lex commissoria und der in diem addictio durchaus keine Beſonderheit erblicken will, geht aus den folgenden Worten hervor: 'verum non constat, cur in praedictis pactis aliquod singulare occurrere possit, cum — — — tota huius diversitatis ratio quaerenda sit in intentione contrahentium. — — Et cum non dubium sit, quin etiam in hoc pacto (sc. de retroemendo) partes intendere possint, ut eveniente conditione ipso iure dominium ad venditorem revertatur, hinc merito quoque circa hoc pactum distinguendum erit, quomodo conceptum sit.'

So ſehen wir zuerſt bei Stryk den Begriff der Reſolutivbedingung feſtgelegt. Allerdings behandelt er, wie gezeigt, in erſter Linie das pactum de retrovendendo und de retroemendo. Leyſer (medit. ad Pand. III/IV, zu XVIII, 1 sp. 191 de retrovendit. XXIX S. 450 ff.) nimmt beim Verkauf auf Wiederkauf dingliche Wirkung an, meint aber trotzdem, der Wiederkäufer ſei nicht berechtigt, den vom Wiederverkäufer eingeſetzten Meier zu vertreiben; denn bei Abgang des früheren Meiers ſei der Wiederverkäufer verpflichtet, das Gut anderweit zu vermeiern, das Meierrecht ſei aber ſeiner Natur nach nicht zeitlich, ſondern gehe „in perpetuum".

V. Ueber die Frage, ob ein auf Vertrag beruhendes Retraktrecht angenommen werden kann, ſind die Meinungen der gemeinrechtlichen Juriſten getheilt.

Während z. B. Carpzov nur obligatoriſche Folgen annimmt, wenn er ſagt (defin. for. pars II c. XXXII def. 8): ius protimiseos conventionale non tribuit potestatem retrahendi bona contra pactum vel conventionem alienata, datur tamen hoc casu adversus alienatorem actio ad interesse, ebenſo Stryk,[343]) auch noch Walch,[344]) tritt Tiraquellus für den retractus conventionalis

[343]) IX disput. XXVI c. 1, 15.
[344]) Das Näherrecht S. 304.

Digitized by Google

ein,[345]) ebenso Voët.[346]) Auch einige Partikularrechte lassen ihn zu; so das Württembergische Landrecht (Th. II Tit. 16) und das Bayerische Landrecht (Th. IV cap. 5 § 17) unbedingt, während die sächsischen Konstitutionen von 1572 (pars II const. 32) und die Bayreuther Landeskonstitution von 1722 (tit. VI § 10) die dingliche Wirkung an die Eintragung ins Hypothekenbuch knüpfen.[347])

VI. Von Stryk an ist die Resolutivbedingung in der Jurisprudenz fest begründet; vergl. Glück Bd. XVII S. 203 ff. Erst neuerdings suchte man die Berechtigung des Begriffes zu bestreiten; den ersten Anstoß in dieser Richtung gab Rießer, dem dann mehr oder minder Engelmann, Schulin, Czyhlarz, Erman folgten, wie dies in § 3 erörtert wurde.

Vierter Abschnitt.
Entwickelung in neueren Gesetzgebungen.
I. Das preußische Allgemeine Landrecht.
§ 42.

Das preußische A. L. R. kennt ebenfalls den einheitlichen Begriff der Resolutivbedingung;[348]) es behandelt ihn in Theil I, Titel 4, §§ 114—125.

Besonders bemerkenswerth ist § 115: 'Der unter einer auflösenden Bedingung Berechtigte verliert sein Recht mit dem Augenblick, wo die Bedingung zur Wirklichkeit gelangt.' Im Zweifel ist keine rückwirkende Kraft anzunehmen, jedoch kann diese aus den Abmachungen der Parteien erhellen (§ 116). Eine Sicherheitsleistung findet nur statt:

a) falls dies ausgemacht ist (§ 121),

b) falls der eventuell belastete Vertragstheil durch seine Maßnahmen die Rückgabe gefährdet (§ 122).

Auch im A. L. R. finden wir den Unterschied ähnlich wiedergegeben, den Bartolus gemacht hat:[349]) ob die auflösende Bedingung vom

[345]) op. III de retr. convent. § 3 gl. un. S. 426.

[346]) comm. ad lib. XVIII, 3 de leg. comm. nr. 9, 10.

[347]) Vergl. hierzu Beseler, Deutsches Privatrecht, 4. Aufl. I S. 404; Stobbe II S. 141 Anm. 5.

[348]) Vergl. zum folgenden Dernburg, Preußisches Privatrecht I S. 185 ff.; ferner Goldschmidt in der Zeitschrift f. Handelsr. I S. 406 ff.

[349]) Vergl. oben S. 93.

Digitized by Google

bloßen Zufall abhängt (§ 117) oder vom Willen deſſen, dem bei Eintritt der Vortheil zufällt (§ 118), oder von einer Handlung deſſen, der bei Eintritt das Recht verlieren ſoll oder eines Dritten (§ 119).

Die dingliche Wirkung ergiebt ſich aus folgendem. Das hauptſächlichſte Anwendungsgebiet der Reſolutivbedingung iſt auch im A.L.R. der Kauf auf Wiederverkauf und das dingliche Vorkaufsrecht. Nur wird bei beiden Inſtituten der Grundſatz der bona fides vom A.L.R. beſonders betont: die Reſolutivbedingung iſt einem Dritten gegenüber nur wirkſam

a) beim Kauf auf Wiederverkauf:

α) ſoweit der Dritte 'erweislich Wiſſenſchaft davon gehabt hat' (I, 11, § 264; E.E.G. § 11);

β) oder ſie ins Grundbuch eingetragen iſt (I, 11 § 265; E.E.G. § 11);

b) beim dinglichen Vorkaufsrecht, das allein bei unbeweglichen Sachen möglich iſt, nur wenn ſie ins Grundbuch eingetragen wurde (I, 20, § 570; E.E.G. § 12).

II. Der code civil.[350])

§ 43.

Im franzöſiſchen Recht[351]) iſt nur von 'obligations conditionelles'[352]) die Rede; dies geſchieht im Anſchluß an Pothier.[353]) Es unterſcheidet aufſchiebend und auflöſend bedingte Verbindlichkeiten. Die Begriffsbeſtimmung der Reſolutivbedingung in a. 1183 enthält keine Beſonderheit; eine Neuerung iſt aber die Beſtimmung des a. 1184, wonach bei ſynallagmatiſchen Verträgen im Fall der Nichterfüllung eines Vertragstheils eine lex commissoria tacita anzunehmen iſt: 'la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.' Entſprechend iſt a. 1654[354]) bezüg-

[350]) Ueber das droit de retour im code civil ſ. § 38 II.

[351]) Vergl. zum folgenden Zachariae-Crome, Franzöſiſches Civilrecht II S. 253 ff.; Crome, Franzöſiſche Privatrechtswiſſenſchaft S. 319 ff.; ferner auch Goldſchmidt in der Zeitſchrift f. Handelsr. I S. 411 ff.

[352]) Ueber den Begriff 'obligation' in dieſem Sinne Crome a. a. O. S. 319.

[353]) Vergl. Crome a. a. O. S. 319.

[354]) Daß a. 1184 und 1654 für Deutſchland durch § 21 R.K.O. in ihrer Wirkung beſchränkt ſind, darüber in § 45.

Digitized by Google

lich der Rückständigkeit des Kaufpreises. Jedoch ist dies keine echte Resolutivbedingung, die Auflösung tritt nicht ipso iure ein; es muß darauf geklagt werden, und der Richter kann eine Frist festsetzen.

Auch im französischen Recht ist der Hauptfall der dinglichen Resolutivbedingung der dingliche Kauf auf Wiederverkauf (rachat). Der c. c. behandelt ihn in a. 1659—1673. Ein großer Fortschritt ist hier die Bestimmung, daß der Wiederkauf auf länger als 5 Jahre nicht ausbedungen werden kann, und daß eine entgegenstehende Parteivereinbarung unwirksam ist (a. 1660); selbst der Richter hat kein Verlängerungsrecht (a. 1661); von Ablauf der Frist ab ist der Erwerber propriétaire irrévocable (a. 1662). Die dingliche Wirkung spricht a. 1664 aus; im Gegensatz zum preußischen Recht kann der Veräußerer selbst dann die Sache zurückfordern, 'quand la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat (a. 1664)'. Wichtig ist endlich a. 1673: hiernach muß zwar der Verkäufer außer dem Kaufpreis ersetzen 'les frais et les loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires et celles qui ont augmenté la valeur du fonds jusqu' à concurrence de cette augmentation'; andererseits erlöschen aber alle Lasten und Hypotheken, mit denen die Eigenthümer der Zwischenzeit die Sache beschwert haben, von selbst.

Hierin war Tiraquellus die Grundlage; er begründet den Untergang der von den Eigenthümern der Zwischenzeit auf die Sache gelegten Lasten: 'quia etiam emtor posset fraudare venditorem, rem emtam tot servitutibus, debitis et obligationibus onerando, ut multo satius esset venditori eam apud emtorem relinquere quam recuperasse tot tantisque oneribus subditam'.[355])

Eine Beschränkung der Resolutivbedingung enthält a. 896, der die fideikommissarische Substitution verbietet; eine Ausnahme ist in a. 1048 ff. festgesetzt.

III. Das sächsische B. G. B.

§ 44.

Im sächsischen B. G. B. bestimmt § 875, daß bei der Auflösung die gezogenen Früchte nicht zurückzugeben sind. Für den Kauf auf Wiederverkauf besteht nach § 1134 die gleiche Bestimmung, wie im

[355]) Tiraquellus a. a. O. § 3 gl. un., auch angeführt bei Troplong, droit civil, de la vente, II S. 278.

Digitized by Google

preußischen A. L.R., wonach eine dingliche Wirkung nur eintritt, wenn der Dritte im bösen Glauben war oder die Klausel im Grundbuch stand.

IV. Die Reichskonkursordnung.

§ 45.

Eine besondere Behandlung fand die Resolutivbedingung in der R.K.O.[356]) An die Spitze ist der Grundsatz des § 59 zu stellen: 'Forderungen unter auflösender Bedingung werden wie unbedingte geltend gemacht.' Derartige Forderungen sind daher ihrem vollen Betrage nach anzusetzen. Hat mithin ein Konkursgläubiger an die Konkursmasse eine Forderung, der eine Resolutivbedingung beigefügt ist, so kann er sie im Konkurse voll zur Geltung bringen; der auf ihn fallende Antheil wird aber nur ausbezahlt, falls er durch cautio de restituendo Sicherheit leistet für den Fall des Eintritts der Bedingung, sofern nach bürgerlichem Recht eine solche Sicherheitsleistung erforderlich ist;[357]) sonst wird der Antheil zurückbehalten oder verwahrt (§ 155[1]). Muß wegen Eintritts der Bedingung eine Rückzahlung stattfinden, so ist das Gezahlte unter die übrigen Gläubiger nachträglich zu vertheilen. Aus § 47 ergiebt sich noch, daß auflösend bedingte Forderungen ohne Weiteres gegen unbedingte aufrechenbar sind. Grundlegend ist ferner § 21, wonach von der Konkurseröffnung ab Rückfall des Eigenthums an einer Sache, die in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangen, nicht mehr stattfinden kann; dadurch sind vor allem die Bestimmungen der lex commissoria tacita in c. c. a. 1184 und 1654 für den Konkurs ihrer dinglichen Wirkung entkleidet. Die dingliche Wirkung ist also ausgeschlossen, der Sachanspruch des Gläubigers verwandelt sich in einen Geldanspruch; diesen kann er jedoch nur als Konkursgläubiger geltend machen, und er ist daher auf den ihm zufallenden Antheil angewiesen. Wird aber der Konkurs durch Vergleich beendet, oder verzichtet die Konkursmasse auf die Sache, so ist ein Rückfall wieder möglich.[358])

---

[356]) Vergl. zu folgendem J. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur R.K.O.

[357]) J. Kohler a. a. O. S. 347; Petersen-Kleinfeller S. 291, 483; nach der preußischen K.O. § 250[2] hatte jeder Gläubiger, der eine auflösend bedingte Forderung geltend machte, Sicherheit zu leisten.

[358]) Ueber die Konstruktion J. Kohler, Konkursrecht S. 188ff.

Digitized by Google

V. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich.[359])

§ 46.

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt die Resolutivbedingung im Allgemeinen in den §§ 158—163. Hiernach ist die alte Methode der Nebeneinanderstellung von Suspensiv- und Resolutivbedingung beibehalten (§ 158).

Rückwirkung tritt nur ein, wenn sich dies aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts ergiebt, d. h. im Zweifel nicht (§ 159). Dagegen wird in § 161 die dingliche Wirkung der Resolutivbedingung zunächst in vollem Maße bestätigt; es heißt hier: 'Hat Jemand unter einer auf„schiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede „weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegen„stand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirk„sam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder „beeinträchtigen würde. Einer solchen Verfügung steht eine Verfügung „gleich, die während der Schwebezeit im Wege der Zwangsvollstreckung „oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

„Dasselbe gilt bei einer auflösenden Bedingung von den „Verfügungen desjenigen, dessen Recht mit dem Eintritte der „Bedingung endigt.

„Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem „Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung.'

Dies war im 1. Entwurf (§ 877) so durchgeführt, daß die Resolutivbedingung bei unbeweglichen Sachen ins Grundbuch eingetragen werden mußte, nach dem Gesetzbuch aber (§ 925) darf die Auflassung überhaupt unter keiner Bedingung — weder einer Suspensiv- noch Resolutivbedingung erfolgen.

An Stelle dessen giebt § 883 die Möglichkeit der Vormerkung. Hierdurch kann jede schuldrechtliche Verpflichtung auf Uebertragung oder Rückübertragung der Sache zur actio in rem scripta[360]) werden, so daher auch eine in der Resolutivbedingung liegende Verpflichtung der Rückübertragung.

---

[359]) Vergl. hierzu Hoelder, Zum allgemeinen Theil des Entwurfs im Arch. f. civ. Prax. 73 S. 124, Fitting in der Zeitschr. f. Civilpr. XIII S. 57, ferner die Lehrbücher und Commentare zum B. G. B.

[360]) Denkschrift zum Entwurf S. 180.

Digitized by Google

Bei diesem Sachverhalt bedarf es eines Zurückgehens auf § 892 nicht. Für bewegliche Sachen gelten die Grundsätze des gutgläubigen Erwerbs, § 932ff., auch hier. Hat daher jemand eine bewegliche Sache erworben, ohne von der Resolutivbedingung etwas zu wissen, die über der Sache schwebt, so wird er unbeschränkter Eigenthümer. Vergl. § 161 III, 135 II.

II. Alles dieses ist nun auch beim Wiederkauf anzunehmen. Nach § 499 entsteht beim Wiederkauf nur eine obligationsrechtliche Verpflichtung des Käufers, die Sache in der rechtlichen Lage, in der er sie bekommen, zurückzuübertragen. Aber es ist kein Grund vorhanden, warum nicht auch diese Verpflichtung nach § 883 zur actio in rem scripta werden könnte.

Im übrigen ist der Wiederkauf statthaft in 3, bei Grundstücken in 30 Jahren; auch kann — abweichend vom code civil — eine andere Frist bestimmt werden (§ 503); bezüglich der Verschlechterung und des Unterganges gilt, daß der Wiederverkäufer für schuldhafte Verschlechterung, aber nicht für Zufall haftet (§ 498^{II}).

III. Das Vorkaufsrecht ist — vorbehaltlich des Eintrags, §§ 873^{I}, 1098^{II} — insofern mit dinglicher Wirkung versehen, als es gegen den Käufer des Grundstücks ausgeübt werden kann; aber es ist in § 1097, falls nicht ausdrücklich Anderes bedungen wird, auf den Fall beschränkt, daß das Grundstück vom Eigenthümer, d. h. dem, der z. Z. der Bestellung des Vorkaufsrechts Eigenthümer ist, oder seinen Erben veräußert wird. Auch für den Vorkauf besteht eine Frist, jedoch ist Verlängerung möglich (§ 510^{II}).

IV. Bezüglich des Kaufs auf Probe bestimmt § 495^{I} entsprechend a. 339 des alten H.G.B.,[361]) daß im Zweifel eine Suspensiv-, nicht Resolutivbedingung vorliegen soll.[362])

---

[361]) Vergl. oben S. 69.

[362]) Laband a. a. O. S. 319ff.; vergl. auch Unger in Grünhut's Zeitschrift XV S. 688.

Digitized by Google

Verzeichniß von Quellenwerken und älterer Litteratur.

Monumenta Germaniae, Leges IV.
Monumenta historiae patriae edita iussu Caroli Alberti.
Muratori, antiquitates Italicae medii aevi.
Coutumier général, Ausgabe von Bourdot de Richebourg 1724.
Coutumes de Bourbonnais, Ausgabe mit Anmerkungen von Auroux de Pommiers 1732.
Cartulaire de l'abbaye de Redon par Courson.
Les Olim in den Documents inédits de l'histoire de France.
Kölner Schreinsurkunden, herausgegeben von Hoeniger.
Bremiſches Urkundenbuch von Ehmk.
Stralſunder Stadtbuch, herausgegeben von Fabricius.

Azonis Summa, Basiliae 1563.
Baldi commentaria, Venetiis 1599.
Bartoli commentaria, Basiliae 1598.
Carpzovii definitiones forenses, Lipsiae 1674.
Cuiacii opera, Venetiis 1758.
Donelli opera omnia, Florentinae 1840.
Hellfeld, iurisprudentia forensis, ed. nov. cura Oeltze, Jenae 1806.
Lauterbachii collegium ad L Pandectarum libros, XVI ed. Tub. 1784.
Leyseri, meditationes ad Pandectas, Franckenthalii 1778.
Meerman, thesaurus Hagae-Comitum 1751.
Schilteri praxis iuris Romani, Francofurti et Lipsiae 1713.
Strykii usus modernus Pandectarum, Witenb. 1690.
Tiraquelli opera.
Voëtii commentarius ad Pandectas, Leyden 1698.
Voorda, commentarius ad legem Falcidiam, Harling 1730.
Zasii opera, ed. 1550.

Digitized by Google

2.

Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen nach B. G.B. § 396.

Ein Beitrag zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von Professor **Wilhelm von Seeler** in Kiew.

Der Zweck der vorliegenden Zeilen erschöpft sich nicht in der Feststellung des Sinnes und der Tragweite des § 396. Vielmehr geht meine Absicht auch dahin, einer Interpretationsmethode entgegenzutreten, bei deren Befolgung, wie ich glaube, die Wissenschaft ihrer Aufgabe, die Prinzipien und leitenden Rechtsgedanken des B. G.B. zur Geltung und vollen Entfaltung zu bringen, nicht gerecht werden kann.

Aus dem Umstande, daß meine Ausführungen direkt gegen einen im Planck'schen Kommentar [1]) enthaltenen Satz gerichtet sind, möchte ich nicht den Schluß gezogen sehen, daß ich die bekämpfte Methode als ein Charakteristikum dieses vortrefflichen Kommentars betrachte, dem Jeder, der sich eingehend mit dem Rechte des B. G.B. beschäftigt, zum größten Danke verpflichtet sein muß. Nur habe ich geglaubt, daß, je größer die wohlverdiente Autorität eines Werkes, um so gefährlicher auch die Wirkung der in ihm enthaltenen Irrthümer sei.

* * *

Der Satz des Code civil (Art. 1290), wonach die Kompensation sich von Rechtswegen vollzieht und die beiderseitigen Schulden in dem Augenblicke erlöschen, in welchem sie aufrechnungsfähig einander gegenüberstehen, hat in das B. G.B. nicht Eingang gefunden. Vielmehr bestimmt der § 388, in prinzipieller Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der zur Zeit in Deutschland geltenden Rechtssysteme, daß die Aufrechnung durch eine Erklärung gegenüber dem anderen Theile erfolgt.

[1]) B. G.B. nebst E.G. erläutert von Planck, Achilles, Andrée u. a. Berlin, Guttentag.

Digitized by Google

Immerhin aber ist in gewissem Umfange auch die ipso iure Wirkung der Aufrechnung zur Anerkennung gelangt, indem der § 389, gleichfalls in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte, bestimmt, daß nach erfolgter Aufrechnung die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.

Hieraus folgt namentlich, daß, wenn vor der Aufrechnungserklärung bezüglich der einen oder der anderen Schuld die Voraussetzungen des Verzuges vorlagen, nach der Aufrechnungserklärung der Verzug ex postfacto als nicht eingetreten gilt, sodaß z. B. eine in dieser Zwischenzeit verwirkte und entrichtete Vertragsstrafe als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann.

Insbesondere aber ist als eine Konsequenz dieser rückwirkenden Kraft der Aufrechnungserklärung im § 390 Abs. 2 ausdrücklich statuirt, daß die Verjährung die Aufrechnung nicht ausschließt, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.

Besondere Bestimmungen enthält das B. G.B. ferner für den Fall, daß dem einen oder dem anderen Theile mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen zustehen.

Der Entwurf I § 284 traf hierüber folgende Entscheidung:

> „Hat der eine oder der andere Gläubiger mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so steht dem aufrechnenden Gläubiger die Wahl unter den Forderungen zu, welche durch die Aufrechnung erlöschen sollen. Ist die Aufrechnung ohne die Wahl erklärt, so finden die Vorschriften des § 267 Abs. 2 [2]) entsprechende Anwendung."

Eine dem § 390 Abs. 2 entsprechende Bestimmung fehlte im Entwurf I.

Wäre nun nach Aufnahme des § 390 Abs. 2 die Vorschrift des § 284 Entwurf I unverändert in das B. G.B. übergegangen, so könnte in dem Falle, daß dem einen Theile gegen den anderen neben einer klagbaren auch eine verjährte Forderung zustände, dem Gläubiger der verjährten Forderung das Recht, diese letztere gemäß § 389 zur Auf-

[2]) Dieser Paragraph bestimmte, gleich dem § 366 Abs. 2 B. G.B., die Reihenfolge, in der solchenfalls die einzelnen Forderungen als getilgt zu gelten haben.

Digitized by Google

rechnung zu bringen, dadurch entzogen werden, daß der andere Theil ihm in der Aufrechnungserklärung zuvorkäme und hierbei die Bestimmung träfe, es solle die dem Gegner zustehende klagbare Forderung durch die Aufrechnung getilgt werden. Diesen Erwägungen trägt der Gesetzgeber Rechnung und ordnet im zweiten Absatz des § 396, welcher an die Stelle des § 284 Entwurf I getreten ist, an, daß die Vorschrift des § 366 Abs. 2 entsprechende Anwendung nicht nur dann finden soll, wenn der Aufrechnende keine Bestimmung trifft, sondern auch dann, wenn der Andere dieser Bestimmung unverzüglich widerspricht.

Der § 366 lautet:

„Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämmtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt.

Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnißmäßig getilgt."

Bezüglich der erwähnten Aenderung des § 396 führen die Kommissionsprotokolle[3]) aus:

„Dieser Satz erscheint als Gegengewicht gegen die kurzen Verjährungsfristen namentlich deswegen geboten, weil Geschäftsleute nicht selten in dem irrigen Glauben, daß die Aufrechnung sich von Rechtswegen vollziehe, die Geltendmachung ihrer älteren Forderungen unterlassen, die sie durch die Entnahme von Waaren oder Arbeiten bei dem Schuldner getilgt glauben."

Hiermit ist klar und deutlich ausgesprochen, daß diese Vorschrift dem Gläubiger das Recht sichern soll, eine Forderung, die schon vor ihrer Verjährung aufrechnungsfähig einer Schuld gegenüberstand, auch nach ihrer Verjährung gegen diese Schuld aufzurechnen, und daß ihm dieses Recht nicht dadurch gefährdet werden soll, daß der Andere, der gewandter in der Handhabung des Rechtsmechanismus ist, ihm in der

[3]) Citirt nach Haidlen, B. G.B. nebst E.G. mit den Motiven und sonstigen Vorarbeiten. Stuttgart, Kohlhammer. Bd. I S. 450.

Digitized by Google

vom Gesetz geforderten Aufrechnungserklärung zuvorkommt. Ausdrücklich wird noch hervorgehoben, daß der Gesetzgeber hierbei auf einen vielfach verbreiteten irrigen Glauben Rücksicht nimmt. Diese Rücksichtnahme erscheint — wenigstens für die Gebiete, in denen zur Zeit der Code civil und das badische Landrecht gelten — umsomehr gerechtfertigt, als dieser Glaube mit dem zur Zeit geltenden Rechte in vollstem Einklang steht.

Nach Vorstehendem ist es also klar, daß diese Vorschrift den Schutz desjenigen Theiles bezweckt, dem gegenüber die Aufrechnung erklärt wird. Daraus aber ergiebt sich:

1. Daß, im Falle der Aufrechnende keine Bestimmung getroffen oder die von ihm getroffene Bestimmung unwirksam wird, bei der Beantwortung der Frage, welche Schuld des Aufrechnenden als getilgt zu betrachten sei, nicht (analog der für die Zahlung geltenden Grundsätze) ausschließlich das Interesse des Aufrechnenden, sondern soweit der Zweck dieser Vorschrift reicht, auch das Interesse des Anderen zu berücksichtigen ist;
2. daß dieses den Schutz des Gläubigers einer verjährten Forderung bezweckende Gesetz so ausgelegt werden muß, daß es demselben einen ausreichenden und durchgreifenden Schutz gewähre.

Hiergegen ließe sich nun freilich der Einwand erheben, die Motive und die Verhandlungen der Kommissionen und gesetzgebenden Körperschaften seien für die Interpretation eines Gesetzes nicht allein ausschlaggebend; vielmehr sei das Gesetz aus sich selbst zu erklären; wenn der Wortlaut des Gesetzes denjenigen Gedanken, welchen die Kodifikatoren für den leitenden Rechtsgedanken erklären, nicht klar erkennbar zum Ausdruck bringe, so könne dieser Gedanke auch nicht als die die Tragweite des Gesetzes bestimmende ratio legis anerkannt werden.

Dieser Einwand ist an sich gewiß stichhaltig. Hier aber liegt die Sache so, daß den in den Kommissionsprotokollen dargelegten Ausführungen doch nur die Bedeutung eines jeden Zweifel hebenden Hülfsmittels der Auslegung zukommen kann, da ein anderer nur einigermaßen triftiger Grund für die in § 396 beliebte Abweichung von den in § 366 Abs. 1 gegebenen Vorschriften sich schlechterdings nicht finden ließe.

Digitized by Google

Auf diesem Standpunkt stehen im Allgemeinen auch die Verfasser des Planck'schen Kommentars. Trotzdem aber gelangen sie zu dem Resultat, daß der Wortlaut des Gesetzes nicht gestatte, diesem einzigen Zwecke des Gesetzes Rechnung zu tragen.

In dieser Beziehung heißt es dort[4]): „Der erstrebte Zweck wird durch diese Vorschrift freilich nur dann erreicht, wenn nach Maßgabe des § 366 Abs. 2 das Alter der Schuld über die Aufrechnung entscheidet"; und weiter ebendaselbst: „Es könnte freilich in Frage kommen, ob man eine verjährte Schuld nicht als eine Schuld zu betrachten habe, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, als eine nicht verjährte Schuld. In diesem Sinne dürfte der Ausdruck „Sicherheit" indessen nicht zu verstehen sein."

Es ist mir zweifelhaft, ob die Verfasser sich dessen bewußt waren, daß bei dieser Auslegung der klar erkennbare und einzige Zweck der beregten Vorschrift nie und unter keinen Umständen erreicht werden kann.

Zunächst sei hierzu Folgendes bemerkt: Ein kurzer Blick auf die einschlägigen Bestimmungen des B. G. B. lehrt uns, daß für die Bestimmung der Reihenfolge, in welcher mehrere einer Person zustehende Forderungen durch Verjährung erlöschen, der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit oder gar der Zeitpunkt ihrer Entstehung nicht einmal der Regel nach als ausschlaggebend betrachtet werden kann. Vielmehr ist angesichts der kurzen und verschieden bemessenen Verjährungsfristen, welche für fast alle Forderungen des täglichen Lebens festgesetzt sind, in dieser Beziehung in erster Reihe der Schuldgrund sowie auch der wirthschaftliche Charakter der Forderung maßgebend.

Nehmen wir z. B. an, daß A. dem B. mehrere Posten schuldet, die in nachstehender Reihenfolge in Zwischenräumen von einigen Monaten fällig geworden sind:

1. 1000 Mk. aus einem Darlehen — Verjährungsfrist 30 Jahre,
2. 500 Mk. an Miethzins aus einem Miethvertrage über ein Immobil — Verjährungsfrist 4 Jahre § 197,
3. 100 Mk. aus einem Delikt — Verjährungsfrist 3 Jahre § 852,
4. 200 Mk. für Waaren, welche ihm B. aus seinem Waarengeschäft zur Verwendung im Hausstande geliefert — Verjährungsfrist 2 Jahre § 196 Nr. 1,

[4]) Lieferung III S. 178.

Digitized by Google

5. 100 Mk. als Ersatz für die Beschädigung einer ihm vermietheten Sache — Verjährungsfrist 6 Monate § 558.

Bei dieser Sachlage, die bei einem lebhaften Geschäftsverkehre zwischen zwei Personen gewiß nicht zu den Seltenheiten gehören wird, unterliegen die einzelnen Forderungen der Verjährung genau in der umgekehrten Reihenfolge ihres Fälligwerdens.

Betrachtet man dagegen mit den Verfassern des Planck'schen Kommentars[5]) als die ältere Forderung nicht die früher fällig gewordene, sondern die früher entstandene, so ist das Alter der einzelnen Forderungen für die Bestimmung der Reihenfolge, in welcher dieselben verjähren, nahezu ganz bedeutungslos.

Diese Konsequenz ist jedoch noch nicht die bedenklichste. Immerhin ließen sich auch unter diesen Umständen noch vereinzelte Fälle denken, in denen das Gesetz seinen Zweck erreichen könnte. Aber bei näherer Betrachtung des § 366 Abs. 2 ergiebt sich, daß das Alter der Schuld ja nur unter der Voraussetzung einen Vorzug gewährt, daß alle Forderungen dem Schuldner gleich lästig sind: die lästigere geht der weniger lästigen vor.

Daß aber eine verjährte Forderung dem Schuldner weniger lästig als eine klagbare Forderung ist, kann ich mir nur in dem einzigen Falle denken, daß für jene Forderung eine Hypothek oder ein Pfandrecht an einem dem Schuldner gehörigen Gegenstande besteht. Aber gerade in diesem Falle bedarf der Gläubiger der verjährten Forderung nicht des Schutzes des § 396, da nach § 223 die Verjährung ihn nicht hindert, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen. Außerdem würde in diesem Falle der hier ganz überflüssige § 396 nur dann Anwendung finden, wenn sämmtliche andere dem Gläubiger gegen den Aufrechnenden zustehenden Forderungen durch ein besseres oder gleich gutes Pfand gesichert sind.

Hieraus ergiebt sich also, daß nach der bekämpften Auffassung die Vorschrift des § 396 überall wirkungslos ist, wo der Gläubiger auf ihren Schutz angewiesen ist, und nur dort ihre Wirkung äußert, wo der Gläubiger ihres Schutzes nicht bedarf.

Hätte daher der Gesetzgeber, um der verjährten Forderung einen Vorzug einzuräumen, das Vorzugsrecht der älteren Forderung zuerkannt,

[5]) Lieferung III S. 147.

Digitized by Google

so wäre das ein geradezu unerhörter Fehlgriff im Ausdruck, welchen anzunehmen uns nur die zwingendsten Gründe veranlassen könnten.

Einen solchen zwingenden Grund erblicken die Verfasser des Planck'schen Kommentars darin, daß es nicht wohl angehe, unter dem Ausdrucke „eine Schuld, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet", eine verjährte Schuld zu verstehen.

Ich muß bekennen, daß diese Bedenken mir an sich unverständlich sind; denn daß eine Forderung durch das Klagerecht gesichert wird, und daß eine klagbare Forderung dem Gläubiger mehr Sicherheit bietet, d. h. ihm mehr Chancen giebt seine Befriedigung zu erhalten, kann doch wohl keinem Zweifel unterliegen. Auch wird man schwerlich behaupten können, daß das B.G.B. den Begriff der Sicherheit gesetzlich definirt habe, und daß dieser gesetzlich festgestellte Begriff der hier vertretenen Auffassung widerspreche.

Um die hier bekämpfte Interpretation zu rechtfertigen, ließe sich wohl nur eine Erwägung ins Feld führen, und wenn mich nicht alles täuscht, so ist es wohl gerade diese Erwägung, welche für die Verfasser des Planck'schen Kommentars maßgebend gewesen ist: Der § 396 verweist ausdrücklich auf den § 366; um den ersten richtig zu verstehen, müssen wir daher die im zweiten verwandten Begriffe genau feststellen. Es ist aber schlechterdings unmöglich, hier den Ausdruck „eine Schuld, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet" auf eine verjährte Forderung zu beziehen. Steht dem Zahlungsempfänger gegen den Zahlenden neben mehreren Forderungen auch eine verjährte Forderung zu, so würde es in der That dem Sinne und Zwecke des § 366 durchaus widersprechen, wenn man, falls der Zahlende keine Bestimmung getroffen, die Zahlung auf die verjährte Forderung anrechnen wollte.

Ebenso durchschlagend aber wie diese Erwägung für die Zahlung ist, ebenso unzutreffend ist sie für die Aufrechnung, und während, soweit es sich um die Zahlung handelt, eine verjährte Forderung nie unter den Begriff einer Forderung, „die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet" subsumirt werden darf, ist dieses in Bezug auf die Aufrechnung nicht nur zulässig, sondern sogar geboten.

Hätten wir zur Rechtfertigung dieser Auffassung gar keinen anderen Anhalt, so wäre hierzu schon die Bestimmung des § 396 ausreichend, nach welcher die Vorschrift des § 366 Abs. 2 nicht Anwendung

Digitized by Google

schlechthin, sondern entsprechende Anwendung finden soll. Entsprechende Anwendung bedeutet aber doch modifizirte, analoge Anwendung, Anwendung unter Streichung dessen, was dem klar erkennbaren Sinne und Zwecke des verweisenden Gesetzes nicht entspricht, und unter Substituirung dessen, was dem Sinne und Zwecke desselben entsprechend ist.

Sinn und Zweck der beiden in Frage stehenden Gesetze sind aber durchaus verschieden. Der § 366 Abs. 2 kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Zahlende keine Bestimmung getroffen: er hat mithin nur den Zweck, festzusetzen, was als der vermuthliche Wille des Zahlenden zu betrachten sei; als sein vermuthlicher Wille muß aber dasjenige gelten, was seinem richtig verstandenen Interesse am meisten entspricht.

Also ganz abgesehen von allen anderen Gründen kann schon zufolge dieser einen Erwägung im Falle des § 366 niemals eine verjährte Forderung vor einer klagbaren als getilgt betrachtet werden.

Ganz anders liegt die Sache bei der Aufrechnung. Die Tilgung der mehreren Schulden in der vom Gesetz bestimmten Reihenfolge findet nicht nur dann statt, wenn der Aufrechnende keine Bestimmung getroffen, sondern auch dann, wenn der andere Theil erklärt, daß er die getroffene Bestimmung nicht gelten lassen wolle.

Demnach wäre es vollkommen sinnwidrig, wenn wir dort, wo der erklärte Wille des Aufrechnenden nicht gelten soll, seinem muthmaßlichen Willen und seinem Interesse die ausschließlich entscheidende Bedeutung beilegen wollten. Vielmehr ist hier, soweit der Zweck des Gesetzes reicht, bei der Bestimmung der Reihenfolge das Interesse des anderen Theiles zu berücksichtigen. Demnach fällt im Falle der Aufrechnung jedes Bedenken fort, eine verjährte Schuld unter den Begriff „einer Schuld, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet" zu subsumiren.

Hieraus ergiebt sich, daß wir zu einer befriedigenden Auslegung sowohl des § 366 als auch des § 396 gelangen, wenn wir den Ausdruck „eine Schuld, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet", im ersten Falle in einem engeren, im zweiten Falle in einem weiteren Sinne verstehen.

Aber nicht einmal dieses Mittels bedarf es.

Digitized by Google

Im Vorstehenden sind wir von der Voraussetzung ausgegangen, daß, falls unter „einer Schuld, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet“ — soweit es sich um die Aufrechnung handelt — eine verjährte Forderung verstanden wird, die Gefahr nahe liegt, daß hieraus bei einer wörtlichen Interpretation der beiden in Frage stehenden Paragraphen diese Gleichstellung auch für die Zahlung gefolgert werden könne. Aber diese Voraussetzung trifft nicht zu, und selbst bei einer buchstäblichen Interpretation, und selbst wenn wir von der Unterscheidung zwischen Sicherheit im engeren und Sicherheit im weiteren Sinne ganz absehen, liegt diese Gefahr nicht vor.

Um uns hiervon zu überzeugen, ist nur erforderlich, daß wir, anstatt uns auf den zweiten Absatz des § 366 zu beschränken, auch den ersten Absatz in Betracht ziehen und so den Paragraphen in seinem Zusammenhange der Interpretation unterwerfen.

Der Absatz 1 aber lautet: „Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet“ u. s. w.

Wenn wir uns also auch auf den Standpunkt stellen, daß das Gesetz bei der Gegenüberstellung von Schulden, die größere, und Schulden, die geringere Sicherheit bieten, den Begriff der Sicherheit stets in dem buchstäblich gleichen Sinne auffaßt, und wenn wir annehmen, daß das Gesetz bei der Aufrechnung unter die letzteren auch verjährte Schulden begreift, so ist eine gleiche Subsumtion bei der Zahlung trotzdem durch den Wortlaut des § 366 Abs. 1 schon aus dem Grunde vollkommen ausgeschlossen, weil hier ausdrücklich bestimmt ist, daß die Zahlung auf diejenige Schuld, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, nur dann anzurechnen ist, wenn bezüglich derselben eine Leistungspflicht des Schuldners besteht. Bezüglich einer verjährten Schuld besteht aber eine Leistungspflicht nicht.

Der § 222 bestimmt, daß nach der Vollendung der Verjährung der Verpflichtete berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. Freilich bleiben auch nach der Vollendung der Verjährung gewisse Wirkungen des Anspruchs bestehen, welche man dahin zusammenzufassen pflegt, daß der Anspruch zwar nicht erloschen ist, wohl aber ihm eine peremptorische Einrede entgegensteht. Immerhin aber wird man trotz aller dieser der verjährten Forderung noch verbleibenden Lebenszeichen nicht behaupten dürfen, daß der Schuldner zur Leistung verpflichtet sei.

Digitized by Google

Eine Leistungspflicht wird dadurch charakterisirt, daß die Leistung erzwungen werden kann, oder doch wenigstens, daß das Gesetz an das Unterbleiben der Leistung gewisse Rechtsnachtheile knüpft. Wenn aber die Bewirkung der Leistung in das freie Ermessen einer Person gestellt ist, und wenn derselben vom Gesetze ausdrücklich gestattet wird, die Leistung zu verweigern, ohne sich dadurch den geringsten Nachtheilen auszusetzen, so kann von einer Leistungspflicht nicht geredet werden.

Hiergegen fällt auch nicht ins Gewicht, daß derjenige, gegen welchen der verjährte Anspruch gerichtet ist, im Gesetze einmal (§ 222 Abs. 1 und 2) als „Verpflichteter" bezeichnet wird. Zweifellos hat es nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, hierdurch eine Leistungspflicht zur Anerkennung zu bringen, vielmehr wurde statt des sonst üblichen Ausdrucks „Schuldner" dieser — freilich nicht ganz glückliche — Ausdruck nur deshalb gewählt, um dem Umstande Rechnung zu tragen, daß die Vorschriften über die Verjährung sich nicht nur auf Forderungen, sondern auch auf dingliche Ansprüche erstrecken.

Aus allem Vorstehenden ergiebt sich meines Erachtens zur Evidenz, daß keinerlei zwingende Gründe vorhanden sind, dem § 396 eine Auslegung zu geben, welche zu dem klar erkennbaren und einzigen Zwecke dieses Gesetzes in striktem Widerspruche steht.

Digitized by Google

3.

Die Güterpflege auf Grund der Vermögensbeschlagnahme nach dem geltenden und dem künftigen Reichsrechte.

Von Landgerichtsrath **Dr. W. Silberschmidt** in Aschaffenburg.

§ 1. Geschichtliche Einleitung.

Der Gedanke, daß der Staat, welcher den Eigenthumserwerb seiner Bürger ermöglicht und sichert, den Friedensbrecher hindern soll, den erworbenen Besitz zu mißbrauchen, ist an sich sehr natürlich. Die Forderung findet sich in der Geschichte verwirklicht in der Form der Vorbeugung und in derjenigen der Strafe. Die letztere ist sicherlich die niedrigere. Die Konfiskation des Vermögens als Nebenstrafe des Verbrechens hat wohl in der römischen Kaiserzeit und im mittelalterlichen Rechte eine große Rolle gespielt,[1]) man hat „Gut und Blut" des Verbrechers genommen, heute aber erscheint uns der Gedanke unleidlich, daß sich der Staat neben der öffentlich rechtlichen Bestrafung des Verbrechers durch die Einziehung des Vermögens desselben bereichere und privatrechtlich nicht nur ihn, sondern auch seine Familie und seine Erben schädige. So ist die Einziehung als Nebenstrafe heute durchweg auf einzelne, mit der strafbaren Handlung in Beziehung stehende Vermögensstücke beschränkt. Am längsten hat sich die Vermögensbeschlagnahme als Strafe in Deutschland, speziell auch in Bayern,[2]) auf einem Grenzgebiete zwischen Prävention und Repression, im Kontumazialverfahren wegen Desertion, erhalten, wo sie eben auch die Widerspenstigkeit des Angeklagten brechen sollte.

Als Mittel, den Verbrecher durch Entziehung der Existenzmöglich-

[1]) Holtzendorff im Handbuch des Strafrechts Bd. I S. 26 und 64, II (Wahlberg) S. 512f.

[2]) Heeresergänzungsgesetz vom 15. August 1828.

Digitized by Google

keit niederzukämpfen, ist die Vermögensbeschlagnahme der Polizeiwissenschaft[3]) längst bekannt gewesen.

Dieses Mittel in der speziellen Anwendung, um damit den abwesenden Frevler zur Heimkehr und zur Gestellung vor das zuständige Gericht zu zwingen, ist der Gegenstand unserer jetzigen Betrachtung. Dasselbe erscheint in so lange überflüssig, als die Vermögensbeschlagnahme eine regelmäßige Nebenstrafe der schwereren Delikte bildet und auch im Kontumazialverfahren ausgesprochen wird, es wird praktisch, wenn das eine oder das andere nicht der Fall ist.

Das römische Civilrecht schon machte bei der Behandlung der Güter Abwesender einen Unterschied, ob die Abwesenheit eine gerechtfertigte war oder eine ungerechtfertigte Flucht. Im ersteren Falle wurde, zunächst bei den Gütern der Kriegsgefangenen, ein Abwesenheitskurator[4]) aufgestellt, im letzteren Falle — qui fraudationis causa latitabit[5]) — dem Gläubiger missio in possessionem gewährt mit der regelmäßigen Folge der im ersteren Falle zu vermeidenden venditio bonorum; nur wenn ein Defensor auftrat, war auch im Falle des Latitirens die Exekution zu vermeiden.[6]) So erlangte der Gläubiger unter allen Umständen Detention und Aufsicht.

Solche Maßregeln, die zunächst der Sicherung und dem Zwange, zu erscheinen, dienen sollten, ähnlich wie Sequestration und Arrest,[7]) waren in gleicher Weise für das römische Strafrecht nothwendig geworden, nachdem seit Severus und Antoninus Magnus[8]) die Bestrafung Abwesender untersagt war. Nun wurde angeordnet, daß in schweren Fällen der Verdächtige „requirirt", gleichzeitig aber auch sein Vermögen aufgezeichnet werden solle. Ein Jahr nach der öffentlichen Bekanntmachung sollten die Güter des Requirirten dem Fiskus verfallen, wenn nicht der Abwesende sich inzwischen meldete und

---

[3]) Vergl. Rob. v. Mohl, Polizeiwissenschaft Bd. III 3. Aufl. S. 561 und Citate.

[4]) Adamkiewicz, Der Rechtsbegriff der Kuratel, 1892, S. 37—40.

[5]) l. 7 § 1 D. quibus ex causis in possessionem eatur 42, 4.

[6]) Keller, Der römische Civilprozeß und die Aktionen 3. Aufl. S. 367 und Anm. 1045 — eine spätere Auflage ist mir nicht zur Hand —. Vergl. auch Dernburg, Das Pfandrecht, 1860, Bd. I S. 404.

[7]) Vergl. Weiske, Rechtslexikon Bd. II S. 930 und Anm. 4.

[8]) l. 1 ff. D. de requirendis vel absentibus damnamdis 48, 17.

Digitized by Google

stellte[9]) oder verstarb. Während des Jahres sollten die Güter versiegelt, Moventien verkauft und deren Erlös deponirt werden. Reinigte sich der Angeklagte von dem Verdachte, so sollte er seine Sachen ohne Abzug zurückbekommen, anderenfalls verfielen sie dem Fiskus.[10]) Nach Umfluß des Jahres nützte dann in letzterer Beziehung auch der Beweis der Unschuld nichts mehr,[11]) so daß also auch hier eine wahre Strafe der Widerspenstigkeit gegeben war.

Dieses römische Annotationensystem wurde im Mittelalter insbesondere durch die Wirkungen der Acht, welche auch dem Banne[12]) folgte, überflüssig. Seitdem aber die Carolina den Kampf gegen das reine Konfiskationssystem aufgenommen hatte,[13]) trat die Nothwendigkeit, gegen den flüchtigen Verbrecher die Beschlagnahme des Vermögens eintreten zu lassen, wieder mehr in den Vordergrund. In einzelnen dem französischen Rechte nahestehenden Gebieten half man sich mit der Einführung des Kontumazialverfahrens, in Baden, Sachsen, Württemberg, Oldenburg, Braunschweig und den thüringischen Staaten[14]) kam man auf das dem Annotationensystem entsprechende Verfahren, indem die Vermögensbeschlagnahme ausgesprochen werden konnte, wenn die strafbare Handlung „so schwer war, um den Fluchtverdacht zu begründen, und die Beweise so dringlich, um einen Haftbefehl zu rechtfertigen.“[15])

Nach dem Muster dieser Staaten hat der Entwurf einer deutschen Strafprozeßordnung in § 279[16]) vorgesehen, daß — abgesehen von den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Strafsachen — das in Deutschland befindliche Vermögen eines Abwesenden beschlagnahmt werden kann, wenn gegen ihn Verdachtsgründe vorliegen, welche die Erlassung eines Haftbefehls rechtfertigen würden. Der § 281[17])

[9]) l. 1 § 4 D. h. t., l. 1 C. de requirendis reis 9, 40.

[10]) l. 5 D. h. t.

[11]) l. 2 C. h. t.

[12]) Richter, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts 8. Aufl., 1886, S. 779 Anm. 14.

[13]) Art. 218 f. der C. C. C.

[14]) Vergl. Art. 342 der badischen, Art. 146 der sächsischen, Art. 490 der württembergischen St.P.O.

[15]) Gneist bei der Berathung der St.P.O.; Hahn, Die gesammten Materialien zur St.P.O., 1881, S. 1916 f.

[16]) Ebenda S. 36.

[17]) Ebenda S. 37.

Digitized by Google

bestimmte dann, daß mit dem Zeitpunkte der ersten Bekanntmachung des die Beschlagnahme verhängenden Beschlusses im Reichscentralblatte der Beschuldigte das Recht verlieren solle, über das beschlagnahmte Vermögen unter Lebenden zu verfügen, daß der Beschluß der Behörde mitzutheilen sei, welche zur Einleitung der Abwesenheitsvormundschaft zuständig ist, und daß diese Behörde eine Güterpflege einzuleiten habe.

In der Reichstagskommission wurden diese Bestimmungen in der ersten Lesung nach Vorbringung mannigfacher Bedenken gestrichen.[18]) In zweiter Lesung wurden sie wieder hergestellt,[19]) insbesondere durch Anträge des Abg. Wolffson wesentlich verbessert; es wurde ein Abwesenheitsverfahren für Thaten, die nur mit Geldstrafe oder Einziehung bedroht sind, eingeführt und in diesem zur Deckung der Geldstrafe und Kosten die Beschlagnahme einzelner Vermögensstücke des Angeklagten, ev. seines ganzen Vermögens gestattet;[20]) endlich wurden gemäß § 480 R.St.P.O. auf die Beschlagnahme des § 140 R.St.G.B. die Bestimmungen hinsichtlich letzterer Art der Beschlagnahme, auf diejenige des § 93 R.St.G.B. die Bestimmungen des Annotationsverfahrens für entsprechend anwendbar erklärt.[21]) So wurde denn das Gesetz in zweiter und dritter Lesung angenommen.[22])

Die Ausführung der gemäß § 334 R.St.P.O. einzuleitenden Güterpflege regelt sich bis jetzt natürlich nach den für dieselbe maßgebenden Landesgesetzen.

Die Motive zum ersten Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs[23]) erklärten, daß die besonderen Vorschriften der §§ 332—336 R.St.P.O., wie das Einführungsgesetz ergeben würde, aufrecht erhalten werden sollten, und so ist es denn auch geblieben,[24]) so daß die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, insbesondere § 1911, aber auch §§ 1401, 1418 und andere ergänzend zur Anwendung zu kommen haben.

---

[18]) Ebenda S. 949 50.
[19]) Ebenda S. 1442 f. bis 1462, 1479 f.
[20]) Vergl. Bericht der Kommission ebenda S. 1573.
[21]) Ebenda S. 1479 ff.
[22]) Ebenda S. 1915 f., 2093 f.
[23]) Bd. IV S. 1262 letzter Absatz.
[24]) Art. 32 des Einf.G. z. B.G.B. vergl. mit Art. 35.

Digitized by Google

In formeller Beziehung findet auf die Güterpflege das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung, insbesondere die Bestimmungen in § 39 über die Abwesenheitspflegschaft mit den Zuständigkeitsnormen der §§ 35, 36, 37, 46, 47.[25])

Die Vergleichung wird ergeben, daß die Aenderung des Civilrechts nicht ohne Einfluß ist auf die Natur der Güterpflege des § 334 R.St.P.O.

§ 2. Voraussetzungen der Beschlagnahme und der Güterpflege.

Hier ist zunächst die Stellung des Straf- und des Civilrichters strenge auseinander zu halten.

I. Die Erlassung des Beschlagnahmebeschlusses ist zweifellos Sache des Strafrichters, speziell der landgerichtlichen Strafkammer, da im Falle der § 334 die Zuständigkeit des Schöffengerichts nicht gegeben sein darf, die öffentliche Klage erhoben sein muß und Beschluß des Gerichts erforderlich ist, im Falle des § 93 R.St.G.B. aber ohnehin die Zuständigkeit der Strafkammer vorliegt.

Die Beschlüsse können gemäß § 347 R.St.P.O. durch Beschwerde angefochten werden, gemäß § 349 ebenda ohne Suspensiv-Effekt.

Der Beschlagnahme-Beschluß kann erlassen werden, wenn gegen einen Abwesenden öffentliche Klage wegen eines nicht zur Zuständigkeit der Schöffengerichte an sich gehörigen Delikts erhoben ist und so dringende Verdachtsgründe vorliegen, daß die Erlassung eines Haftbefehls gerechtfertigt sein würde. Ferner, wenn überhaupt öffentliche Klage nach §§ 80, 81, 83, 84, 87 bis 92 R.St.G.B. erhoben ist, bis zu deren rechtskräftiger Beendigung. Im letzteren Falle kann das Vermögen, welches der Angeschuldigte besitzt oder welches ihm später anfällt, im ersteren Falle sein im Deutschen Reiche befindliches Vermögen mit Beschlag belegt werden.[26])

In beiden Fällen muß der Beschluß durch den Deutschen Reichsanzeiger und kann auch noch weiter veröffentlicht werden.

Mit dem Zeitpunkte der ersten Bekanntmachung im Deutschen Reichsanzeiger verliert aber der Angeschuldigte in beiden Fällen das Recht, über das in Beschlag genommene Vermögen unter Lebenden zu ver-

[25]) Vergl. hierzu die Denkschrift zu dem Entwurfe, Reichstag 1897, Aktenstücke S. 297.

[26]) § 93 R.St.G.B. und § 332 R.St.P.O.

Digitized by Google

fügen.[27]) Dagegen bewirkt die Beschlagnahme der § 326 R.St.P.O. und § 140 R.St.G.B. nur, daß Verfügungen, welche der Angeschuldigte über sein mit Beschlag belegtes Vermögen nach der ersten Veröffentlichung im Deutschen Reichsanzeiger vornimmt, der Staatskasse gegenüber nichtig sind.[28])

II. Die Ausführung des Beschlagnahmebeschlusses steht zunächst der Staatsanwaltschaft zu, welche gemäß § 36 R.St.P.O. bei Entscheidungen, die einer Vollstreckung bedürfen, das Erforderliche zu veranlassen hat.

Sie muß auch in den Fällen des § 334 R.St.P.O. und § 93 R.St.G.B. den die Beschlagnahme verhängenden Beschluß derjenigen Behörde mittheilen, welche für die Einleitung einer Vormundschaft über Abwesende zuständig ist, und diese muß in diesen Fällen eine Güterpflege einleiten.

Die Mittheilung kann auch geschehen in den Fällen des § 326 R.St.P.O. und § 140 R.St.G.B., hier aber ist die Einleitung der Güterpflege nicht durch das Gesetz vorgeschrieben, und der Richter hat nur nach den allgemeinen Grundsätzen zu prüfen, ob er die Einleitung einer Güterpflege für nothwendig erachtet.

III. Ist die letztere Frage zu bejahen oder ist im ersteren Falle dem zur Führung der Pflegschaft zuständigen Richter der die Beschlagnahme anordnende Beschluß zugegangen, so ist die Pflegschaft in Zugang zu bringen.

Gegen den über die Einleitung der Güterpflege befindenden Beschluß und gegen die weiteren Beschlüsse des Pflegschaftsrichters steht die Beschwerde zu, und zwar nach § 20 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit jedem, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt wird, wozu auch § 57 Z. 1—3 ebenda zu vergleichen ist.

Die Entscheidung über die Beschwerden steht selbstverständlich der Civilkammer des Landgerichts zu und nicht der Strafkammer, wie es in der Judikatur auch schon geschehen ist.

IV. Einer besonderen Stellung bedarf die Stellung der Staatsanwaltschaft im Pflegschaftsverfahren. Da ihr die Ausführung des Strafkammerbeschlusses zufällt und sie hiernach gemäß § 334 R.St.P.O.

[27]) § 334 R.St.P.O.

[28]) Vergl. Mandry, Civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze 3. Aufl. S. 220.

Digitized by Google

die Einleitung der Güterpflege zu bewirken hat, so muß ihr ein Beschwerderecht zustehen, wenn das angegangene Pflegschaftsgericht, etwa aus Zuständigkeitsgründen, die noch zu besprechen sein werden, die Einleitung einer Güterpflege verweigert.

Tritt aber auch nach Einleitung der Güterpflege die Staatsanwaltschaft als Wahrerin des öffentlichen Interesses dem Pflegschaftsrichter gegenüber und hat sie ein allgemeines Beschwerderecht gegen dessen Beschlüsse? Das bayrische oberste Landesgericht hat in einem Beschlusse vom 12. Juni 1888[29]) ausgesprochen: „Die Vertretung des öffentlichen Interesses an der Verhängung und Aufrechterhaltung einer solchen Beschlagnahme steht der Staatsanwaltschaft zu." „Eben deshalb muß auch der Staatsanwaltschaft die Befugniß zugesprochen werden, das den Anträgen der Ehefrau und der Kinder entgegengesetzte Interesse der Staatsgewalt mittels Beschwerde auf Grund Art. 56 ff. des bayrischen Ausführungsgesetzes zur C.P.O. zu vertreten." „Sie ist Partei im Sinne des Art. 58 dortselbst, im materiell-rechtlichen Sinne, da sie in Bezug auf das Sachverhältniß ein rechtliches Interesse geltend zu machen hat."

Diesen Ausführungen kann in der Allgemeinheit, wie sie gemacht sind, nicht zugestimmt werden. Die Staatsanwaltschaft hat dafür zu sorgen, daß die Güterpflege eingeleitet und aufrechterhalten wird, Beschlüsse, die das eine oder das andere verneinen wollen, sind ihr zuzustellen und können von ihr angefochten werden. Insoweit diese ihre Pflicht reicht, wird man auch ein Recht nach § 20 bezw. ein rechtliches Interesse nach § 57 Z. 3 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkennen müssen.

Eine Parteirolle in der Führung der Vormundschaft kann aber der Staatsanwaltschaft nicht zugebilligt werden. Hier ist die Vertretung des öffentlichen Interesses gerade durch § 334 R.St.P.O. dem Richter zugetheilt worden.

Ob eine Veräußerung geboten oder zulässig ist, ob die Güterpflege „die beschlagnahmten Vermögensobjekte durch freiwillige Ueberlassung an Dritte im Widerspruche mit dem Staatsanwalt als Vertreter der öffentlichen Interessen kurzweg der Verstrickung entziehen"[30]) kann, das zu prüfen ist allein Sache des Richters, dem das Gesetz die

[29]) Sammlung von Entscheidungen Bd. XII S. 115.
[30]) Oberster Gerichtshof a. a. O. S. 117.

Digitized by Google

Pflegschaftsführung übertragen hat und der für eine den Gesetzen entsprechende Leitung der Pflegschaft verantwortlich ist. Eine allgemeine Vertretung der öffentlichen Interessen in Civilsachen durch die Staatsanwaltschaft besteht in Deutschland nicht, und das gesetzliche Mandat im gegenwärtigen Falle geht nur auf Bewirkung der Kuratel-Einleitung und -Aufrechterhaltung in formeller Hinsicht. Allerdings fehlt es so an einer Gegenpartei, wenn der Pflegschaftsrichter den Anträgen des Pflegers stattgebend die Interessen des Staates verletzen würde. Aber einmal ist das der Wille des Gesetzes, welches eine weitere Mitwirkung der Staatsanwaltschaft nicht vorgesehen hat, und dann bleibt für wirklich formale Verstöße ja die auch der Staatsanwaltschaft zustehende aufsichtliche Beschwerde, die auch im neuen Rechte nicht ausgeschlossen ist.[31])

Im Uebrigen ist die Staatsanwaltschaft ohnehin nur die Beauftragte zur Ausführung des Strafkammerbeschlusses.

Und endlich fehlt es auch bei der gewöhnlichen Abwesenheitskuratel in der Regel dann an einer Gegenpartei, wenn der Richter den Anträgen des Pflegers stattgiebt.

§ 3. Wirkungen der Beschlagnahme und Charakter der Güterpflege.

Dieselben stehen in sehr erklärlicher Wechselwirkung. Der Staat, welcher dem geflohenen Uebelthäter das Recht entzieht, über sein in Beschlag genommenes Vermögen zu verfügen, ist kraft dieses Verbots verpflichtet, für entsprechende Verwaltung dieses Besitzes Vorsorge zu treffen. Als Mittel hierzu bietet sich die Güterpflege.

I. Schon das griechische Recht kannte die ἐπιμεληται,[32]) eine Art von Kuratoren, welche die Güter eines Staatsschuldners, die der Staat in Besitz genommen hatte, zu verwalten berufen waren, und auch in das römische Recht scheint nach einer Stelle des Paulus[33]) die Einrichtung übertragen worden zu sein. Die neueren Gesetzgebungen haben dann vielfach bei der Vermögensbeschlagnahme zu dem Aushülfsmittel der Güterpflege gegriffen. So z. B. bestimmte das bayrische Strafgesetzbuch vom 10. November 1861, welches dem zur Todes- oder

[31]) Denkschrift zu dem Ges.Entw. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Reichstag 1897 Aktenstücke S. 295 I.

[32]) Adamkiewicz a. a. O. S. 3.

[33]) l. 46 § 1 D. de admin. et peric. tutorum 26, 7.

Digitized by Google

Zuchthausstrafe Verurtheilten das Recht benahm, sein Vermögen zu verwalten und unter Lebenden darüber zu verfügen:[34])

> Für die Verwaltung des Vermögens wird in der für Ernennung der Vormünder vorgeschriebenen Weise ein Kurator aufgestellt, dessen Rechte und Pflichten sich nach den Gesetzen über die Verwaltung des Vermögens des Minderjährigen bestimmen.[35])

II. Näher als die Analogie der cura minorum liegt in unserem Falle die der cura absentis. Denn der Angeschuldigte ist ja nicht unfähig, überhaupt Verfügungen zu treffen wie der „Geschäftsunfähige“[36]) oder in der Verfügung über sein Vermögen in der Weise beschränkt,[37]) daß er in gewissen Fällen an die Genehmigung des Vormunds gebunden wäre. Er kann vielmehr von Todes wegen vollkommen frei verfügen und ebenso unter Lebenden mit der einzigen Ausnahme, daß er über das in Beschlag genommene, im Deutschen Reiche gelegene Vermögen keine Bestimmungen treffen kann. Es ist daher an sich keine Personalkuratel für den Angeschuldigten von Nöthen, sondern eine Realkuratel, welche das beschlagnahmte Vermögen gegen ihn und Andere sicherzustellen und zu bewahren hat. Wenn nach römischem Rechte der Tutor den Mündel in seinen persönlichen Verhältnissen überhaupt vertrat, wenn der Kurator die Verwaltung des Vermögens zu führen hatte,[38]) so stand dem Abwesenheitspfleger in der Hauptsache die custodia zu, die Erhaltung des schutzlos zurückgelassenen Vermögens.[39])

Der von der Strafprozeßordnung gebrauchte Ausdruck „Güterpflege“ weist direkt auf diesen Gegensatz hin, und die bisherige Judikatur steht ebenfalls unter dem Einflusse desselben.

Das Reichsgericht hat in einem Urtheile vom 23. Mai 1884[40]) erklärt:

---

[34]) Art. 32 Abs. 1.

[35]) Ebenda Abs. 3.

[36]) B. G. B. §§ 104 und 105.

[37]) Ebenda § 107 ff.

[38]) Adamkiewicz a. a. O. S. 11, 15, 24.

[39]) Ebenda S. 38, vergl. allerdings Seuffert's Archiv Bd. 42 Nr. 275; zum Standpunkte des römischen Rechts vergl. noch Rudorff, Das Recht der Vormundschaft Bd. I, 1832, § 191.; Krant, Die Vormundschaft Bd. II, 1847, S. 217; Glück, Erläuterungen der Pandekten Theil 33 S. 262 ff.

[40]) Entscheidungen Bd. XI S. 185 f.

Digitized by Google

> Durch letztere Bestimmung (Güterpflege) giebt das Gesetz zu erkennen, daß es den Angeschuldigten, welcher im Sinne des § 318 als abwesend gilt, einem gewöhnlichen Abwesenden gleichgeachtet wissen will, also eine Güterpflege in dem Umfange und mit den Befugnissen im Auge hat, wie sie bei wirklichen Abwesenden nach Maßgabe der einschlägigen Landesgesetze einzutreten hat.

Das bayrische oberste Landesgericht aber sagt in einem Urtheile vom 4. Dezember 1890:[41])

> Im Wesen dieser Güterpflege liegt es, für Erhaltung des ihr anvertrauten Vermögens zu sorgen, ihr Zweck ist die Bewahrung der Gütermasse.

Die beiden Erkenntnisse stehen insofern in einem Gegensatze, als das bayrische Gericht den Charakter der Güterpflege schlechtweg aus seinem prozessualen Zwecke entnimmt, während das Reichsgericht die von der Strafprozeßordnung gewollte Güterpflege als die Abwesenheitspflegschaft des jeweiligen Civilrechts erachtet. Diese Auffassung wird man als richtig anerkennen müssen, da ja die Strafprozeßordnung nicht eine neue Art von Güterpflege schaffen, sondern durch Mittheilung des Beschlagnahmebeschlusses an das für Einleitung der Abwesenheitsvormundschaft zuständige Gericht bewirken wollte, daß dieses die veranlaßte Abwesenheitspflegschaft einleite, allerdings mit Nothwendigkeit, auch wenn das Civilrecht eine Pflegschaft nicht direkt forderte.

Ist dem aber so, dann richtet sich der Charakter der Güterpflege nach dem jeweiligen Civilrecht. Nach gemeinem Rechte würde der schon gekennzeichnete Standpunkt des römischen Rechts Platz greifen. Die modernen Rechte nach Vorgang des preußischen haben aber fast durchgehends[42]) dem Abwesenheitspfleger dieselben Rechte gegeben, wie sie der Altersvormund hinsichtlich der Vermögensverwaltung besitzt, und haben die Abwesenheitskuratel zur Personalkuratel gestaltet, die allerdings wieder auf das Vermögen beschränkt ist.[43]) Das bürgerliche

---

[41]) Sammlung Bd. XIII S. 226.

[42]) Aufzählung siehe Motive zum B.G.B. I. Entwurf § 1740 Bd. IV S. 1257.

[43]) Vergl. über das preußische Recht Adamkiewicz a. a. O. S. 91 ff., 125, 126; über das bayrische Becher, Landescivilrecht und Landescivilprozeßrecht S. 1169.

Digitized by Google

Gesetzbuch hat sich dieser neueren Strömung angeschlossen, und hat die Abwesenheitskuratel als Personalkuratel „für die Vermögensangelegenheiten, soweit sie der Fürsorge bedürfen" behandelt, sie zugleich aber nach dem Beispiele des bayrischen Rechts[44]) in den Titel über die Pflegschaft eingestellt. Der Pfleger ist nur für die Vermögensangelegenheiten bestellt, aber insoweit hat er nicht nur die custodia, sondern es stehen ihm gemäß §§ 1915, 1911, 1897 B.G.B. alle Rechte eines Vormunds zu, so daß thatsächlich die Befugnisse des Pflegers unter dem neuen gegenüber dem gemeinen Rechte bedeutend erweitert sind, wie sich im Folgenden bei der Einzelbetrachtung zeigen wird.

Die durch § 200 des R.G. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Einzelstaaten vorbehaltenen Uebergangsbestimmungen können für die bestehenden Pflegschaften besondere Verfügung treffen. Im Uebrigen sei hier noch die Bemerkung angefügt, daß die nach § 47 Abs. 2 des genannten Gesetzes mögliche Abgabe einer Pflegschaft ins Ausland auf den hier fraglichen Fall keine Anwendung finden kann, da die Pflegschaft nicht „im Interesse des Mündels", jedenfalls nicht im alleinigen Interesse desselben eingeleitet wurde. Vergl. hierzu noch § 7 unten.

Die Beschlagnahme des § 326 R.St.P.O. hat mehr den Charakter der missio in possessionem bis zur definitiven Regelung.

§ 4. Der Umfang der Güterpflege.

I. Gegenstand der Güterpflege ist das beschlagnahmte Vermögen des Angeschuldigten. Beschlagnahmt werden aber kann nur das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen.

Diese Bestimmung wird ergänzt durch die weitere, daß Verfügungen, welche der Angeschuldigte über sein mit Beschlag belegtes Vermögen nach der ersten, durch den deutschen Reichsanzeiger bewirkten Veröffentlichung vornimmt, der Staatskasse gegenüber nichtig sind,[45]) soweit es sich um eine Beschlagnahme gemäß §§ 325 und 326 R.St.P.O. handelt, bezw. durch diejenige des § 334 ebenda.

1. Hiernach scheidet zunächst von der Wirkung der Beschlagnahme und der Güterpflege nach dem Gesetze aus das zur Zeit des Beschlagnahmebeschlusses außerhalb Deutschlands befindliche Vermögen des An-

[44]) Bayr. Ausf.G. z. C.P.O. Art. 94, 99.
[45]) § 326 R.St.P.O.

Digitized by Google

geschuldigten, über welches derselbe ebenso frei verfügen kann, wie er selbst an der Erwerbung von Vermögen und an der freien Disposition hierüber nicht gehindert ist. Nur über das beschlagnahmte Vermögen kann er keine Verfügungen treffen.

a) Der Begriff der Verfügung knüpft an das Rechtsgeschäft an,[46]) und es sind daher Rechtsgeschäfte des Angeschuldigten über das beschlagnahmte Vermögen ungültig. Hier wäre zunächst der Charakter dieser Ungültigkeit festzusetzen. Im § 326 R.St.P.O. ist klar ausgesprochen, daß in diesem Falle die Ungültigkeit nur der Staatskasse gegenüber eintritt, also nicht eintritt, wenn diese die Ungültigkeit nicht geltend macht: es handelt sich hier nur um ein anfechtbares Rechtsgeschäft.[47]) Anders liegt die Sache im Falle des § 332 und dem ihm gleichstehenden. Hier liegt ein im öffentlichen Interesse erlassenes Veräußerungsverbot des Richters auf Grund des Gesetzes vor, und die im Widerspruch mit demselben getroffene Verfügung ist gemäß §§ 134 und 135 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nichtig, wie dies auch die Motive[48]) für die Fälle der §§ 332—335 bezw. 480 R.St.P.O. ausdrücklich anerkennen. Aus dem nichtigen Geschäft können keinerlei Rechte abgeleitet werden, und es kann daher der Gegenkontrahent auch nach Aufhebung der Beschlagnahme keine Rechte daraus geltend machen (z. B. Kauf eines beschlagnahmten Grundstücks), soweit nicht Rechte in Frage kommen, die auch zur Zeit der Beschlagnahme gegen den Abwesenden und an sich nicht dispositionsunfähigen Angeschuldigten begründet waren (z. B. Entschädigungsansprüche wegen Verleitung zu dem nichtigen Kaufe).

Dem Dritten gegenüber begründet die Veröffentlichung im Reichsanzeiger wie in anderen Fällen die nicht zu widerlegende Präsumtion, daß er die erfolgte Beschlagnahme gekannt hat, bezw. die Forderung, daß er sie hätte kennen müssen. Man hat sich bei der Berathung des Gesetzes die Konsequenz vollständig klar gemacht, es ist z. B. von Reichensperger[49]) in der Kommission hervorgehoben worden, daß bei einem Privatvertrag der Gegen-Kontrahent ev. nachweisen muß,

---

[46]) Vergl. Motive zum I. Buch 3. Abschnitt des B.G.B.

[47]) § 142 B.G.B.

[48]) Zu § 107 des Entw. I Bd. I S. 210 11 unter Berufung auf die Entsch. des Reichsgerichts in Bd. XVI S. 106 und XVII S. 300.

[49]) Hahn a. a. O. S. 1452.

Digitized by Google

daß derselbe vor der Veröffentlichung des Beschlagnahmebeschlusses abgeschlossen wurde, man hat aber, wie Struckmann[50]) hervorhob, die Bestimmung für nöthig gehalten, wenn nicht die Beschlagnahme selbst illusorisch sein sollte. „Die Maßregel sei hier dem Rechtsverkehr nicht hinderlicher als eine andere Kuratel und überdies erfolge ja die öffentliche Bekanntmachung". Dabei ist freilich übersehen, daß schon mit dem Zeitpunkte dieser Bekanntmachung die relative Dispositionsunfähigkeit eintritt. Alleinstehend blieb die Ansicht von Klotz,[51]) daß der Dritte nur dann als in mala fide befindlich angesehen werden könne, wenn die Beschlagnahme ihm erkennbar war: bei Grundstücken durch Protestation, worüber noch besonders zu sprechen ist, bei Mobilien durch öffentliche Verwahrung. Dann würden freilich gerade die gefährlichsten Realisationsgeschäfte des Angeschuldigten nicht zu hindern sein bezw. es wäre thatsächlich die Beschlagnahme wirkungslos. In der Praxis ist auch thatsächlich zur Zeit der Veröffentlichung in den Kreisen, wo die Veräußerung des Vermögens versucht zu werden pflegt, Delikt und Beschlagnahme meist bekannt, und besondere Anstände sind nicht bekannt geworden.

b) Kann der Angeschuldigte nun über das beschlagnahmte Vermögen nicht durch Rechtsgeschäfte verfügen, so erhebt sich die weitere Frage, ob er es in anderer Weise, insbesondere durch Delikte, verpflichten kann. Würde z. B. derjenige, dem der Angeschuldigte in Amerika das Haus anzündet, sich an das beschlagnahmte Vermögen in Deutschland halten können? Oder derjenige, der durch Fahrlässigkeit des Flüchtlings ein Bein bricht? Gewiß wird sich der Pfleger weigern, den Anspruch anzuerkennen und dort, wo der Standpunkt der custodia herrscht, mit einem Scheine von Recht. Aber der Prozeßrichter wird ihn verurtheilen müssen, insbesondere nach dem neuen Rechte. Danach ist der Angeschuldigte, dessen Vermögen beschlagnahmt ist, eben nur in der rechtsgeschäftlichen Verfügung beschränkt. Dagegen ist er nicht beschränkt hinsichtlich von „Handlungen, an welche Rechtswirkungen sich anschließen," für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie vom Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind. Insbesondere ist er vollständig deliktsfähig, nachdem die Gründe der §§ 827 und 828 des B. G.B. nicht zutreffen. Er würde etwa

[50]) Ebenda.

[51]) Ebenda S. 1455 und 1456.

Digitized by Google

dem Verschwender[52]) ähnlich zu behandeln sein, der auch deliktsfähig ist, wenn er nicht zugleich geisteskrank ist, und auch durch ein solches Delikt den ganzen Zweck der Kuratel hinfällig machen kann. Die Schlußfolgerung, daß derjenige, welcher über das Vermögen nicht „verfügen" kann, dasselbe auch durch andere Handlungen nicht verpflichten kann, ist hiernach nicht als richtig anzuerkennen, so wenig als begründete Anforderungen anderer Art, welche an das Vermögen gestellt werden, mit Berufung auf den Zweck der Beschlagnahme außer Acht gelassen werden können.

2. Für die Frage, wieweit das inländische Vermögen beschlagnahmt ist, entscheidet zunächst der Zeitpunkt der Veröffentlichung. Die Verfügungen, welche vor derselben getroffen wurden, sind gültig, soweit ihre Ungültigkeit nicht sonst aus allgemeinen Gründen sich ergiebt.

Ebenso selbstverständlich ist es, daß die Erträgnisse des beschlagnahmten Vermögens demselben wiederum zuwachsen, daß dasselbe die Kosten der Verwaltung zu tragen hat und dem Angeschuldigten in keiner Form zufließen darf. Wie verhält es sich aber mit Vermögenstheilen, die nach der Beschlagnahme nach Deutschland gelangen? Die Frage wird dahin zu beantworten sein, daß diese Theile des Vermögens gerade so unter die Beschlagnahme fallen, wie etwa Vermögen, das sich zur Zeit der Beschlagnahme in Deutschland befindet, aber erst später aufgefunden wird. Denn die Verstrickung umspannt das gesammte in Deutschland befindliche Vermögen des Angeschuldigten oder besser gesagt das gesammte Vermögen desselben unter der Bedingung, daß es sich in Deutschland befindet. Also nicht etwa bestimmte einzelne, genau zu bezeichnende und zu annotirende Theile, sondern die Gesammtheit mit der Beschränkung, daß ausgeschlossen ist, was sich außerhalb Deutschlands befindet.

II. Innerhalb dieses Vermögens ist eine Unterscheidung ebenfalls nicht zu machen. Es unterliegt sowohl das unbewegliche als das bewegliche Vermögen der Beschlagnahme, und zu letzterem gehören insbesondere auch Zeugnisse, Quittungen, Rechnungen,[53]) kurz alle Urkunden, die dem Angeschuldigten zustehen. In gleicher Weise fallen unter das beschlagnahmte Vermögen die in Deutschland befindlichen Forderungen

[52]) Vergl. Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts 1. Bd. 1. Abth. 1897 S. 240.

[53]) Bl. f. RA. Bd. 49 S. 395.

Digitized by Google

und Rechte desselben; ob sie sich in Deutschland befinden, wird im Zweifel nach dem Erfüllungsorte und nach Analogie des § 269 B.G.B., wenn ein Leistungsort nicht bestimmt oder aus den Umständen und der Natur des Schuldverhältnisses nicht zu entnehmen ist, nach dem Orte zu bestimmen sein, an welchem der Schuldner seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat, nicht zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses hatte, weil es sich hier um die Frage des Sitzes der Obligation und nicht um deren Inhalt (größere oder geringere Belastung einer Partei) handelt. Wo es sich um jederzeit verwerthbare Urkunden handelt, entscheidet ev. deren Aufbewahrungsort. Endlich unterliegen auch höchst persönliche Namens-, Urheber-, Patent- und ähnliche Rechte der Beschlagnahme, da ja das Recht des Angeschuldigten nur für ihn ausgeübt wird; vorausgesetzt wird dabei aber, daß diese Rechte schon begründet sind und es sich nur um die Erträgnisse aus denselben handelt: Die Veröffentlichung eines Werkes des Flüchtigen ohne dessen Erlaubniß, die Abänderung eines Theaterstücks desselben würde als dem persönlichen Rechte des Angeschuldigten widerstreitend für zulässig zu erachten sein.

Sehr schwierig ist die Feststellung der Berechtigung bei indossabeln Papieren, insbesondere Wechseln. Zunächst wird dabei die bereits erörterte Frage zu lösen sein, ob dieselben nach ihrem Inhalte zu dem in Deutschland befindlichen Vermögen des Angeschuldigten gehört haben.[54]) Dann wird die Güterpflege dem Erwerber eines solchen Wechsels, welcher aus demselben Rechte in Anspruch nimmt, nachzuweisen haben, daß die Indossirung nach der ersten Veröffentlichung des Beschlagnahmebeschlusses erfolgte. Beruft sich aber der gemäß Art. 36 Wechsel-Ordnung legitimirte Inhaber darauf, daß er den Wechsel im guten Glauben erworben habe, so wird es kaum angehen, die civilrechtliche Befugniß des Indossanten zur Begebung zu bestreiten,[55]) so daß nach Begebung des Wechsels Einreden aus der Beschlagnahme wenig Aussicht auf Erfolg haben. Ist bei dem Angeschuldigten die Beschlagnahme der Urkunden möglich, so liegt die Sache natürlich anders, aber die spätere Beschlagnahme von Wechseln, welche durch

[54]) Reichsgericht in Entsch. vom 25. September 1893, Jurist. Wochenschrift S. 472[17].

[55]) Ebenda u. cit. Erk. d. R.O.H.G. Bd. XXIII S. 356.

Digitized by Google

den Angeschuldigten indossirt worden waren, nach Beginn der Einklagung derselben hat den Erfolg der Klage nicht zu verhindern vermocht.[56])

§ 5. Inhalt der Güterpflege.

Nach dem, was bereits ausgeführt worden ist, besteht die Aufgabe der Güterpflege im vorliegenden Falle darin, möglichst rasch das beschlagnahmte Vermögen in ihre Gewalt zu bekommen und sich zu sichern, worauf dann die Verwaltung des Erworbenen zu folgen hat.

1. Die Besitzergreifung wird meistens im Kampfe mit dem Angeschuldigten und den von ihm zurückgelassenen Vollmachten zu erfolgen haben.

1. Das bewegliche Vermögen einschließlich der Urkunden ist von dem Pfleger in Verwahrung zu nehmen und damit der Verschleppung und dem Mißbrauche zu entziehen. Wo das nicht möglich ist, ist die Herrschaft der Güterpflege thunlichst äußerlich sichtbar zu machen, um etwaige Angriffe sofort des Vorwands der bona fides zu berauben. Im Falle der Besitzentziehung kann die Güterpflege selbstverständlich Namens ihres Schützlings von den possessorischen und petitorischen Rechtshülfen Gebrauch machen. Die Wirkung des § 932 B.G.B. ist wegen des mangelnden guten Glaubens und Vertrags nicht möglich, ebensowenig Ersitzung nach § 937 Abs. 1 und 2 ebenda.

2. Besitzt aber der Angeschuldigte unbewegliches Vermögen oder demselben gleichgeachtete Rechte, so bedarf es besonderer Aufmerksamkeit. Es bemißt sich insbesondere nach dem maßgebenden bürgerlichen Rechte,[57]) ob auch in dieser Beziehung die Veröffentlichung im Reichsanzeiger in genügender Weise die Fähigkeit des Angeschuldigten, Verfügungen zu treffen und insbesondere Veräußerungen und Verpfändungen vorzunehmen, ausschließt, ob dies erst dann der Fall ist, wenn die Dispositionsbeschränkung in den öffentlichen Büchern eingetragen ist oder ob eine solche Eintragung wenigstens möglich ist.

Es ist nun freilich eine Uebertreibung des Gesetzes der Spezialität, wenn die aus § 334 St.P.O. mit Nothwendigkeit sich ergebende Präsumtion der mala fides hinsichtlich desjenigen, zu dessen Gunsten der Angeschuldigte verfügt, beim Grundbesitz Halt machen soll, so lange

[56]) Jurist. Wochenschrift 1893 S. 473 und cit. Erk. des R.O.H.G.

[57]) Bayrisches oberstes Landesgericht in Entscheidungen Bd. XIII S. 221.

Digitized by Google

die Beschlagnahme nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist. Darf sich der Käufer eines solchen Grundstücks auf den guten Glauben Mangels eines bezüglichen Eintrags berufen, wenn er eine gleichzeitig vom Angeschuldigten gekaufte Hose herausgeben muß? Wenn der bayrische oberste Gerichtshof[58]) unter Berufung auf § 22 Z. 7 des bayrischen Hypothekengesetzes die Frage zu bejahen scheint, so hat Becher[59]) mit Recht seine Bedenken hiergegen geltend gemacht. Spricht ein Gesetz aus, daß „Beschränkungen des eingetragenen Gläubigers in der Verfügung über die Hypothek oder Grundschuld Rechtswirksamkeit nur erlangen, wenn sie eingetragen oder den Dritten bei Erwerbung ihres Rechts bekannt" waren, so muß die Präsumtion der Kenntniß an die Stelle der Thatsache treten bezw. das Rechtsgeschäft ist eben auf Grund der R.St.P.O. schon nichtig.

Immerhin beseitigt die erfolgte Eintragung, wo sie erfolgen kann, jeden Zweifel, und der Pflegschaftsrichter wird sich daher beeilen, diese Einschreibung zu beantragen oder durch den Pfleger beantragen zu lassen.

In Ausführung des Strafkammerbeschlusses und der erforderlichen Veröffentlichung desselben übernimmt es sehr häufig, in den Fällen der §§ 325 und 326 R.St.P.O. regelmäßig allein, die Staatsanwaltschaft, diese Anträge zu stellen.

Welche Wirkungen andererseits diesem Eintrage beigelegt werden, ersieht man wiederum aus einer Entscheidung des obersten Landesgerichts für Bayern,[61]) wo gesagt wird:

> „Ob diesen persönlichen Ansprüchen gegenüber die durch die geschehene Beschlagnahme und deren Eintragung im Hypothekenbuche begründeten dinglichen Rechte zu weichen haben oder nicht", soll im Wege der Klage und nicht des kuratelamtlichen Bescheids zum Austrage gebracht werden.

Thatsächlich hat auch nach bayrischem Rechte die Eintragung keine anderen Wirkungen als die einer Dispositionsbeschränkung,[62]) sie wirkt als Protestation gegen den Erwerb durch Dritte, erwirbt aber für die Kuratel kein anderes Recht als das, welches eben der Angeschuldigte

[58]) Ebenda S. 221.
[59]) a. a. O. Nachtrag Nr. 184.
[60]) Preuß. Ges. vom 5. Mai 1872 § 49.
[61]) Bd. XII S. 116 und 117.
[62]) Becher a. a. O. S. 818ff.; Regelsberger 2. Aufl. S. 236 Anm.

Digitized by Google

beſeſſen hat. Richtig ſagt das eben angeführte Gericht an einem anderen Orte[63]) unter Rechtfertigung der angegriffenen Thatſache der Eintragung:

> Letztere Paragraphen (§§ 1, 2, 4 des Hypothekengeſetzes) betreffen ſämmtlich nur die dingliche Sicherheit, welche einem Gläubiger für ſeine Forderung gewährt werden ſoll, hier aber ſteht keine derartige Sicherſtellung, keine beſtimmte Forderung in Frage, welche das bayriſche Aerar an Ernſt B. zu machen hätte, ſondern es handelt ſich um das Recht des letzteren, über ſein auch einen beſtimmten Grundbeſitz umfaſſendes Vermögen in dem Umfange zu verfügen, in welchem er es bei dem regelmäßigen Stand der Dinge zu thun berechtigt wäre, um eine hierin für einen gewiſſen, unbeſtritten gegebenen Fall vom Geſetze zugelaſſene und von dem hierzu kompetenten Gerichte auch wirklich angeordnete Beſchränkung .... Dispoſitionsbeſchränkung und Hypothekenbeſtellung ſtehen ſich keineswegs gleich und ſind nicht denſelben Grundſätzen unterworfen.

Mit Recht erachtet die Entſcheidung die durch den zuſtändigen Richter, und ſei dieſer auch ein Strafrichter, verhängte Beſchlagnahme und die durch das Geſetz für den Anweſensbeſitzer daran geknüpfte Dispoſitionsbeſchränkung als genügenden Rechtstitel für den Eintrag ins Hypothekenbuch zum einſchlägigen Folium und verneint die Nothwendigkeit eines beſonderen Rechtstitels mit der zutreffenden Begründung, daß der Eintrag keine neuen Beſchränkungen ſchafft, ſondern nur der bereits erfolgten Beſchränkung die Rechtswirkſamkeit gegenüber den ſich aus der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs ſich ergebenden Folgen ſichert.

Einen anderen Standpunkt nimmt in dieſer Beziehung das Bürgerliche Geſetzbuch ein. Dasſelbe erklärt in § 134 ein Rechtsgeſchäft, das gegen ein geſetzliches Verbot verſtößt, für nichtig, wenn ſich nicht aus dem Geſetze ein Anderes ergiebt, ſtellt in § 136 die von einem Gerichte (oder von einer anderen Behörde) innerhalb ihrer Zuſtändigkeit erlaſſenen Veräußerungsverbote den geſetzlichen gleich und macht in § 135 dann, wenn eine Verfügung über einen Gegenſtand gegen ein

[63]) Bd. XIII S. 222.

Digitized by Google

gesetzliches Veräußerungsverbot verstößt, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, die Verfügung nur diesen Personen gegenüber unwirksam. „Dieses zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienende, relative Veräußerungsverbot bedarf, soweit es ein Grundstück oder ein gebuchtes Recht an demselben betrifft, zur Sicherung seiner Wirksamkeit gegen den von dem Verbote nicht unterrichteten Dritten der Eintragung in das Grundbuch".[64])

Dagegen ist das im öffentlichen Interesse erlassene absolute Veräußerungsverbot, also auch dasjenige des § 334 R.St.P.O., welches von den Motiven speziell genannt wird,[65]) überhaupt nicht eintragungsfähig, es kann Niemand erwarten, im Grundbuche etwas darüber zu finden und es kann Niemand die Thatsache, daß Nichts darüber im Grundbuche steht, für sich anführen. Die im öffentlichen Interesse erfolgte Dispositionsbeschränkung hat mit der dem Privatinteresse dienenden Einrichtung des Grundbuchs nichts zu thun. Dieser den Motiven des Gesetzes entnommenen Begründung läßt sich wohl noch der Umstand hinzufügen, daß die persönliche Voraussetzung der Verfügungsfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit, Einfluß von Zwang und Irrthum) in jedem Falle unabhängig vom Bucheintrage zu prüfen sind[66]) und daß im Falle des § 334 l. c. diese persönliche Voraussetzung der Verfügungsfähigkeit ebenfalls mangelt. Die Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann deshalb nur gebilligt werden.

§ 6. Stellung des Pflegers.

I. Bei der Besprechung des Charakters der hier fraglichen Güterpflege[67]) wurde bereits darauf hingewiesen, wie die Rechtsentwickelung hinsichtlich der Abwesenheitspflegschaft von der custodia des römischen Rechts zur Vormundschaft vorgeschritten ist und das Bürgerliche Gesetzbuch eine Art Mittelstellung einnimmt. Damit steht die Stellung des Vormunds oder Pflegers und des Vormundschafts- bezw. Pflegschaftsgerichts im engsten Zusammenhange. Erschwert wird die Frage hinsichtlich der Güterpflege des § 334 R.St.P.O. noch dadurch, daß hier nicht der Regel nach derjenige, dessen Angelegenheiten besorgt werden.

[64]) B. G.B. § 892 und Motive zu Entwurf I § 107 Bd. I S. 213.
[65]) Zu Entwurf I Motive Haidlen a. a. O. Bd. II S. 86.
[66]) Regelsberger, Das bayrische Hypothekenrecht 2. Aufl. S. 162 Anm. 1.
[67]) Oben § 3.

Digitized by Google

verschollen und unfähig ist, seine Angelegenheiten zu besorgen, daß derselbe vielmehr oft mit allen Mitteln bestrebt ist, auf sein beschlagnahmtes Vermögen einzuwirken, und auch gesetzlich in der Lage ist, sein außerhalb Deutschlands befindliches Vermögen zu vertreten. Wird also eine Forderung, die sich nicht ausschließlich auf ein beschlagnahmtes Vermögensstück bezieht, erhoben oder soll Namens des Angeschuldigten eine Klage erhoben werden, so wirft sich zuerst die Frage auf, wer den Abwesenden vertritt, ob dieser selbst oder der Pfleger oder Beide. Handelt es sich um eine Klage Namens des Abwesenden, so entscheidet vor allem, ob sich der beanspruchte Vermögenstheil im Inlande oder Auslande befindet, für die Frage der Vertretung, wobei sich freilich im Einzelnen noch Streitfragen erheben können, wenn der beanspruchte Gegenstand dem in Deutschland befindlichen beschlagnahmten Vermögen entzogen wurde oder sonst Bestandtheil desselben bilden soll.

Wird aber im Inlande eine Klage gegen den Abwesenden erhoben, so hat das Reichsgericht[68]) mit Recht eine Theilung der persona standi in judicio, so daß etwa der Pfleger das inländische, der Abwesende das ausländische Vermögen zu vertreten hätte, abgelehnt. Die Entscheidung hebt hervor, daß die Strafprozeßordnung, wie die Bezugnahme auf die wörtlich in den Motiven angeführte württembergische Prozeßordnung Art. 490 zeigt, dem Angeschuldigten selbst jede gerichtliche Verfolgung von Rechten auf dem Wege der Klage untersagen wollte. Ebenso braucht er als Beklagter nicht geladen zu werden, vielmehr vertritt ihn der inländische Kurator und es genügt, diesen allein zu laden, „um den Vollzug des ergehenden Urtheils in das beschlagnahmte Vermögen herbeizuführen". Der letzte Satz enthält eine Beschränkung und zugleich eine Folgerung aus der Vertretung durch den Pfleger. Ist nur dieser für den Angeschuldigten beklagt, so kann die Vollstreckung auch nur in das beschlagnahmte Vermögen erfolgen; soll aber auch in das ausländische Vermögen des Angeschuldigten vollstreckt werden, so erübrigt nur, auch ihn persönlich zu verklagen und zu laden.

Wird während eines Prozesses die Beschlagnahme gemäß § 334 l. c. über eine Prozeßpartei verhängt, so verliert dieselbe, falls der Streitgegenstand zum inländischen Vermögen des Angeschuldigten gehört, die

[68]) Entscheidungen in Civilsachen Bd. XI S. 188.

Digitized by Google

Prozeßfähigkeit, welche gemäß § 51 C.P.O. insoweit geht, als die Fähigkeit der betreffenden Person, sich durch Verträge zu verpflichten, da die Prozeßführung eine Verfügung über das Vermögen enthält.[69]) Das Reichsgericht behandelt den Fall analog demjenigen der Entmündigung wegen Verschwendung, wo ebenfalls die Handlungs- und Prozeßfähigkeit verloren ist.

Hat der Angeschuldigte im fraglichen Prozesse einen Prozeßbevollmächtigten, so kann auf Antrag desselben die Aussetzung des Verfahrens angeordnet werden,[70]) hat er keinen Prozeßbevollmächtigten, so wird das Verfahren unterbrochen,[71]) und nach Bestellung des Pflegers kann dieser wie der Gegner den Prozeß aufnehmen.[72])

Besonders gelagert ist noch der Fall, wo bereits durch bedingtes Endurtheil auf Eid des abwesenden Angeschuldigten erkannt ist. Insofern das Urtheil die Entscheidung auf den Eid einer Partei stellt, liegt in dem letzteren an sich schon eine Verfügung, der Angeschuldigte ist aber überhaupt prozeßunfähig geworden und kann daher schon aus diesem Grunde den ihm auferlegten Eid nicht leisten,[73]) vielmehr wird gemäß § 433 C.P.O. die Eideszuschiebung hinfällig und der Prozeß in die Lage vor der Eideszuschiebung zurückversetzt.

II. Wie weit im Uebrigen die Befugnisse des Pflegers gehen, bestimmt sich vor allem nach dem gesetzlichen Charakter der Güterpflege. Es wurde schon angeführt, daß bereits die Auslegung des gemeinen Rechts, insbesondere die neuere Rechtsentwickelung und auch das Bürgerliche Gesetzbuch den Pfleger durchweg für sämmtliche des Schutzes bedürftige Vermögensangelegenheiten als Vertreter bestellten, so daß er nicht nur „bewahren", sondern auch erwerben, insbesondere Erbschaften annehmen kann.[74]) Die Vorschriften über Bestellung und Verpflichtung der Vormünder sowie für Führung der Vormundschaft sind entsprechend anzuwenden.[75])

[69]) Reichsgericht in Blum, Urtheile und Annalen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. I S. 119.

[70]) C.P.O. § 223 Abs. 1.

[71]) Ebenda § 219.

[72]) Ebenda § 219.

[73]) Urtheile und Annalen a. a. O. S. 120.

[74]) Preuß. Vorm.O. § 83 Abs. 3; bayr. Ausf.G. z. C.P.O. Art. 99 Abs. 1; B.G.B. §§ 1911, 1915; Adamkiewicz a. a. O. S. 194.

[75]) Vergl. §§ 1776, 1778—1792, 1915 Abs. 2, 1794, 1795, 1797, 1802 bis 1810, 1812—1816, 1819—1826, 1829—1836.

Digitized by Google

§ 7. Stellung des Pflegschaftsgerichts.

Die Obliegenheiten des Pflegschaftsgerichts bei der Güterpflege des § 334 R.St.P.O. bestimmen sich einerseits durch die Natur der Abwesenheitspflegschaft, andererseits durch die speziellen Bestimmungen der Reichsstrafprozeßordnung, welche durch das Bürgerliche Gesetzbuch bezw. Einführungsgesetz aufrecht erhalten wurden. In letzterer Beziehung ist insbesondere der § 1911 des B. G.B. dahin abgeändert, daß nicht nur der abwesende Volljährige, sondern auch der abwesende Minderjährige im Falle des § 334 einen Abwesenheitspfleger erhält. Besteht schon eine Vormundschaft für ihn, so erfüllt diese als das weitergehende Mittel der Fürsorge an sich die Pflichten der Güterpflege. Ist der Abwesende aber unter elterlicher Gewalt und wird wegen vorhandenen Vermögens die Beschlagnahme gegen ihn verhängt, so ist die Güterpflege von Amtswegen einzuleiten (vergl. § 1774 B. G.B.) und das Recht wie die Pflicht des Vaters, für das Vermögen des Kindes zu sorgen, wird dann durch die Pflegschaft insoweit ausgeschlossen, als letztere reicht (§§ 1628, 1629 B. G.B.). Die den Eltern am Kindesvermögen zustehenden Nutzungsrechte müssen gewahrt, andererseits das freie Vermögen ausschließlich der Pflegschaft unterstellt werden (§§ 1638 ff., 1650, 1651 B. G.B.).

Im Uebrigen entscheidet für die Stellung und die Aufsichtsführung des Gerichts der Charakter der Abwesenheitspflegschaft, wobei freilich niemals der Zweck dieser speziellen Güterpflege aus den Augen gelassen werden darf. Ist materiell der Abwesenheitspfleger nach dem modernen Recht und auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch[76]) ein dem Abwesenden vom Staate gesetzter Bevollmächtigter zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten mit präsumtiver Vollmacht und äußert sich die staatliche Fürsorge dabei in der Hauptsache in der Bestellung dieses Bevollmächtigten, welcher die Interessen des vollmachtlos Abwesenden zu wahren hat, so besteht hier der doppelte Zweck, das Vermögen dem Abwesenden vorzuenthalten und ihn hierdurch zur Rückkehr zu zwingen, andererseits aber das Vermögen entsprechend zu verwalten. Es sind daher die Interessen des Abwesenden und des Staates in gleicher Weise zu wahren. Dabei finden in der Hauptsache, insbesondere auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, die Bestimmungen für die Vor-

[76]) Vergl. Adamkiewicz a. a. O. S. 194 ff.

Digitized by Google

mundschaft Anwendung. Das Gericht hat die allgemeine Aufsicht zu führen (§ 1837 B. G.B.), die Aufzeichnung des Mündelvermögens zu veranlassen und zu prüfen (§ 1802), im Falle des § 1803 Abs. 2 die Abweichung von den Anordnungen des Erblassers ev. zu genehmigen, die vorgeschriebene Anlegung des Mündelgelds zu überwachen (§§ 1804 bis 1820), und insbesondere die von seiner Genehmigung abhängig gemachten Rechtsgeschäfte eingehend zu prüfen (§§ 1821—1827). Hierunter fällt vor allem die Verfügung über Grundbesitz. Es kann dem bayrischen obersten Landesgerichte[77]) nicht beigepflichtet werden, wenn dasselbe dem Pflegschaftsgerichte unter Berufung auf § 334 R.St.P.O. die Befugniß abspricht, „die beschlagnahmten Vermögensobjekte durch freiwillige Ueberlassung an Dritte im Widerspruche mit dem Staatsanwalt[78]) als Vertreter der öffentlichen Interessen kurzweg der Verstrickung zu entziehen," weil der Abwesende das Recht verloren habe, über sein Vermögen unter Lebenden zu verfügen, die Güterpflege aber nur in seinem Rechte stehe und folgeweise auch nicht die Befugniß haben könne, für ihn freiwillige Veräußerungen zu vollziehen, welche diesem selbst untersagt seien.

Hier liegt ein Trugschluß vor. Die Verfügungsgewalt ist nur dem Angeklagten entzogen, nicht auch dem Pflegschaftsgericht, auf welches sie vielmehr übergegangen ist, weil das Gesetz annehmen konnte, daß so der Angeklagte in den Besitz seines Vermögens nicht gelangt, letzteres aber nach pflegschaftlichen Grundsätzen verwaltet wird, wozu unter Umständen die Veräußerung nöthig ist. Wohin sollte es auch führen, wenn keinerlei Veräußerung möglich wäre, da ja derselbe Grund für Immobilien und Mobilien das Verbot aussprechen würde. Sollte eine Grundbesitzregulirung, eine freiwillige Konversion von Werthpapieren, der Verkauf nutzloser Möbelstücke unmöglich sein![79])

Auch der kurz vor der hier fraglichen Stelle ausgesprochene, vom bayrischen obersten Landesgericht allerdings in ähnlicher Weise wieder-

---

[77]) Bd. XII der Entscheidungen S. 117.

[78]) Hierüber vergl. oben § 2 a. E.

[79]) Die Entscheidung desselben Gerichts in Bd. XIII S. 224 und 225 scheint auch auf anderem Standpunkte zu stehen, da sie der auf c. 30 Cod. de jure dot. 5, 12 gestützten Revision, daß die Güterpflege einer Veräußerung des Abwesens nicht hindernd in den Weg treten dürfe, nur entgegenhält, die Sache sei nicht nach gem. Recht zu entscheiden.

Digitized by Google

holt erklärte[80]) Grundsatz, daß in thatsächlich oder rechtlich bezw. thatsächlich und rechtlich verworrenen Fragen die Lösung nicht im Wege eines kuratelamtlichen Bescheids (im Bereiche der nicht streitigen Rechtspflege), sondern nur mittels Klage gegen die Güterpflege gefunden werden könne, kann nicht als richtig anerkannt werden. Wenn Vormund und Pflegschaftsgericht einhellig der Ansicht sind, daß der in Aussicht stehende Prozeß zu Ungunsten der Kuratel ausfallen würde, so ist nicht abzusehen, warum derselbe trotzdem geführt werden muß und wie die Verausgabung ev. erheblicher Prozeßkosten, die erspart werden könnten, gerechtfertigt werden soll.

Im Uebrigen ist für die Entscheidung über die Befugnisse des Vormunds und des Gerichts auch hier die Frage über die allgemeine Natur der Pflegschaft entscheidend; vom Standpunkte der custodia aus gelangt man allerdings leicht zu der Entscheidung, daß ein Verkauf thunlichst, aber auch nicht unter allen Umständen zu vermeiden ist, die freiere Auffassung läßt nur das Interesse der Kuratel entscheiden. Was die sonstigen Pflichten des Vormundschaftsgerichts anlangt, so hat dasselbe den Vormund insbesondere zur gesetzlichen Rechnungsstellung anzuhalten und die Rechnung zu prüfen (§§ 1840—1843), ev. vom Vormund Sicherheitsleistung zu fordern (§ 1844) und für ihn Vorschuß und Ersatz (§ 1835), ev. Vergütung festzusetzen (§ 1836). Die Aufstellung eines Gegenvormunds ist nicht erforderlich (§ 1915 Abs. 2).

Vormund und Pflegschaftsgericht haften dem Mündel, ersterer für den aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schaden, wenn ihn ein Verschulden trifft (§ 1833), letzteres gemäß § 839 Abs. 1 und 3 für vorsätzliche und fahrlässige Pflichtverletzung. Die Kollusion des Vormunds und des Vormundschaftsrichters mit dem abwesenden Angeschuldigten würde in den Fällen der §§ 326 R.St.P.O. und 140 R.St.G.B. eine Haftung auch gegenüber dem Fiskus begründen, unter allen Umständen eine schwere Pflichtverletzung darstellen, die auch Dritten gegenüber zur Haftung verbinden würde (§ 826). Eventuell wäre § 257 bezw. § 336 R.St.G.B. anzuwenden.

§ 8. Widerspruchsklage gegen die Beschlagnahme.

Erste Voraussetzung der Beschlagnahme ist natürlich, daß die beschlagnahmten Gegenstände dem abwesenden Angeschuldigten wirklich

[80]) Entsch. Bd. IV S. 211.

Digitized by Google

gehören bezw. die Rechte ihm zustehen. Daß durch die Beschlagnahme auch Rechte Dritter verletzt werden könnten, daß insbesondere ev. die Gesellschafter, die Frau und die Kinder des Angeschuldigten unschuldig unter der Beschlagnahme leiden könnten, das war das Hauptbedenken, welches im Reichstage gegen die Einführung der Beschlagnahme geltend gemacht wurde. Bereits in den Motiven[81]) hieß es, daß die bestehenden Gesetzgebungen zwar zum Theil ausdrückliche Bestimmungen enthalten, es sei den alimentationsberechtigten Angehörigen des Beschuldigten aus dem in Beschlag genommenen Vermögen Unterhalt zu gewähren, daß eine solche Bestimmung aber für überflüssig erachtet worden sei, weil aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folge, daß durch die Beschlagnahme an den bereits bestehenden Rechten Dritter nichts geändert werden kann. In der Kommission wurde sofort bei Beginn der Berathungen in 1. Lesung von dem Abg. Thilo[82]) ein Zusatz zu § 279 Abs. 1 des Entwurfs beantragt:

> Vorbehaltlich des den alimentationsberechtigten Angehörigen des Beschuldigten aus dem Vermögen zu gewährenden Unterhalts,

und Abg. von Forcade de Biaix[83]) bemerkte, daß unter Umständen die wirthschaftliche Existenz der Angehörigen geschädigt werde, was insbesondere unter allen Umständen dann erfolge, wenn der Angeschuldigte, ohne daß ein klagbarer Anspruch bestanden habe, aus Liberalität die Alimentation gewährt habe. Nachdem Abg. Hauck[84]) noch angefragt hatte, wie man sich die Wirkungen bei allgemeiner Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft denke und Ministerialrath Heß erklärt hatte, in Württemberg bestände Errungenschaftsgemeinschaft als gesetzliches Güterrecht, es hätten sich aber keinerlei Schwierigkeiten ergeben, und nachdem zuvor schon von verschiedenen Seiten das Klagerecht der Angehörigen gegen den Sequester für selbstverständlich erklärt worden war, wurde die ganze Bestimmung über die Beschlagnahme in erster Lesung der Kommission gestrichen. In zweiter Lesung wiederholte der Abg. von Forcade[85]) seine Bedenken und machte geltend, daß der

[81]) Hahn, Materialien a. a. O. S. 241.
[82]) Ebenda S. 949.
[83]) Ebenda S. 950.
[84]) Ebenda S. 950.
[85]) Ebenda S. 1445.

Digitized by Google

Verbrecher weniger getroffen werde als seine Familie, deren Noth nur den Gewissenhafteren, nicht den Schlechten zurücktreibe. Wiederholt kam Reichensperger in der Kommission und im Plenum[86]) auf diesen Gedanken zurück. „Wie kann man es überhaupt nach Rechtsgrundsätzen rechtfertigen, daß ... auch das gütergemeinschaftliche Vermögen mit Beschlag belegt und der Ehefrau statt des Ehemanns ein Kurator gegenübergesetzt wird, der dann schließlich die Familie auf Alimente setzt?" Aehnlich läge der Fall, wenn der Abwesende der Kompagnon eines Handelsgeschäfts ist; die Beschlagnahme sei auch der Ruin der anderen socii. Auf den Einwurf des Abg. Struckmann,[87]) daß auch Strafe die Angehörigen ev. treffe, entgegnete Reichensperger,[88]) daß dies vorübergehend, die Beschlagnahme aber dauernd sei. Diesen Bedenken treten die Vertheidiger der Beschagnahme entgegen. Abg. v. Puttkamer erklärte, daß die Revenuen, soweit sie nicht für die Familie des Flüchtigen zu verwenden seien, dem Vermögensstock accreszirten. Gneist hob hervor, daß der Realarrest wie im Civilprozeß vorbehaltlich der Rechte Dritter verhängt werde. So erfolgte die Annahme der Beschlagnahme.

Es kann nun nicht behauptet werden, daß die bisherige Anwendung des Gesetzes in dieser Beziehung vollständig befriedigt hätte, und erst das Bürgerliche Gesetzbuch schafft in einzelnen Punkten erhebliche Verbesserungen.

Die Folgen der Beschlagnahme für Dritte lassen sich in solchen Fällen überhaupt nicht beheben, wo nicht etwa Rechte Dritter verletzt werden, sondern nur deren Vermögenslage dadurch verschlechtert wird, daß an Stelle des Angeschuldigten der Vormund tritt. Wenn dem Dritten keinerlei Recht auf die bisher erhaltene Unterstützung zustand und der Vormund die Liberalität nicht mehr gewähren kann,[89]) so giebt es dagegen kein Hülfsmittel. Und wenn an die Stelle eines eng verbundenen Gesellschafters ein Vormund tritt, der durch einengende Vorschriften in seinen Handlungen und Ent-

[86]) Ebenda S. 1447, 1452, 1915, 2093.

[87]) Ebenda S. 2094.

[88]) Ebenda S. 2095.

[89]) Vergl. jetzt § 1804 des B. G. B., der übrigens Schenkungen zuläßt, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.

Digitized by Google

schließungen beschränkt ist — vergl. jetzt §§ 1821 Nr. 4, 1822 Nr. 3, 4, 1828—31 neben anderen —, so mag man juristisch betonen, daß die Beschlagnahme des Vermögens des einen Gesellschafters auf das Verfügungsrecht des zurückgebliebenen socius keinen Einfluß ausüben könne,[90]) thatsächlich ist dies in sehr erheblichem Maße der Fall und kann gar nicht geändert werden. Man denke z. B. an den Fall, wo der ideelle Antheil des einen socius am Grundvermögen beschlagnahmt ist und der Theil des anderen in Folge dessen auch nicht zu veräußern ist.

Diesen Fällen unvermeidlicher thatsächlicher Schädigung eines Dritten stehen diejenigen gegenüber, in welchen wirklich Sachen und Rechte Dritter der Beschlagnahme unterstellt wurden.

Hier sagt man sich schon a priori, daß es Mittel geben müsse, um demjenigen, der zu Unrecht seines Rechtes bezw. Besitzes entsetzt wurde, wieder dazu zu verhelfen. Dabei kann die Widerspruchsklage des § 690 C.P.O. ebensowenig in Betracht kommen wie die Arrestwiderspruchsklage des § 804 ebenda.[91]) Erstere ist eine Abwehr gerade gegen die Zwangsvollstreckung der Civilprozeßordnung und entscheidet über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit dieser Zwangsvollstreckung.[92]) Letztere ist ausgeschlossen, weil eben auch ein Arrest nicht vorliegt.

Selbstverständlich können der Eigenthümer und der Besitzer im Falle der Störung ihres Eigenthums oder Besitzes durch die Beschlagnahme ihre bezüglichen Ansprüche im Wege der Klage geltend machen. Wie aber, wenn der obligatorische Anspruch des Deponenten, Leihers ꝛc. gegen seinen Gegenkontrahenten durch die Beschlagnahme verletzt und die Gegenstände mit beschlagnahmt wurden? Richtet sich dann der obligatorische Anspruch gegen den Staat, der zudem nicht im Obligationsnexus steht? Es wird wohl hier zu unterscheiden sein. Schädigende Handlungen des Vormunds richten sich nach den allgemeinen Vorschriften über den Schadenersatz, hier bedarf es keiner besonderen Bestimmungen. Anders verhält es sich mit Handlungen, welche zu Zwecken der Beschlagnahme im Strafverfahren durch den Richter oder den Staatsanwalt erfolgen, wenn sie in das Recht eines Dritten eingreifen. Hier haftet der Staat auf Rückerstattung aus der

[90]) Lasker bei Hahn a. a. O. S. 2095.

[91]) Entsch. des obersten Landesgerichts Bd. XIII S. 220.

[92]) Thiele im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 84 (1895) S. 50 ff.

Digitized by Google

Thatsache des Eingriffs seines Beamten[93]) und zwar nach Analogie des § 690 C.P.O.; der Verletzte braucht nur ein die Beschlagnahme hinderndes Recht darzuthun. So giebt auch der bayrische oberste Gerichtshof[94]) die Zulässigkeit des Rechtswegs zu, wenn unbefugt Rechte eines Dritten in den Bereich der Beschlagnahme gezogen werden und wahrt dem Dritten das Recht, Widerspruchsklage gegen den Güterpfleger zu erheben. Weist der Dritte sein Recht nach, so haftet der Staat aus dem quasikontraktlichen Verhältniß,[95]) welches dadurch begründet wird, daß er die Sachen zunächst in Gewahrsam nimmt und sie dem Güterpfleger übergiebt, für jeden entstandenen Schaden. Speziell gegen den Fiskus richtet sich die Klage in denjenigen Fällen, wo die Beschlagnahme erfolgt, um die künftigen Kosten des Verfahrens ꝛc. zu decken, und selbstverständlich ist es, daß hier und in den anderen Fällen eine Bereicherungsklage gegeben ist, falls durch die Beschlagnahme der Staat oder die Güterpflege Sachen ohne rechtfertigenden Grund besitzen. Vergl. §§ 31 und 89 des B. G.B. hinsichtlich der Haftung des Staates für Schaden, den ein Beamter in Ausübung der ihm in privatrechtlichen Verhältnissen zustehenden Vertretungsmacht Dritten zufügen, während durch Art. 77 des Einführungsgesetzes für Haftung des Staats aus der Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen durch Beamte die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben. Für die Bereicherungsklage s. B. G.B. § 812 ff.

§ 9. Insbesondere Ansprüche der Ehefrau und der Kinder.

Wir haben gesehen, welcher Werth bei der Berathung des Gesetzes darauf gelegt worden ist, daß die Rechte der Ehefrau und der Kinder thunlichst wenig verletzt werden und wie Seitens der Regierung erklärt wurde, daß bei den ähnlichen Gesetzen der Einzelstaaten keine Mißstände hervorgetreten seien. Es kann nicht behauptet werden, daß bei der bisherigen Anwendung des § 334 der R.St.P.O. Ehefrau und Kinder stets vor unverschuldetem Schaden bewahrt wurden.

---

[93]) Vergl. Reichsgericht bei Bolze Bd. I Nr. 455.

[94]) Bd. XIII S. 220.

[95]) Reichsgericht bei Bolze III Nr. 311, wo es sich um Beschlagnahme von Urkunden in einem Strafverfahren handelt. Vergl. auch den in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 19 S. 301 mitgetheilten Fall, citirt bei Thiele a. a. O. S. 98 Anm. 109.

Digitized by Google

I. Was die Rechte der Ehefrau anlangt, so werden dieselben verhältnißmäßig wenig berührt werden bei dem System des Dotalrechts und der Gütertrennung, dagegen umsomehr, je weiter die Gemeinschaft der Ehe sich auf das Vermögen ausdehnt. In dieser Beziehung hat z. B. das bayrische oberste Landesgericht[96]) in einem Erkenntnisse vom 12. Juni 1888 ausgesprochen:

> Durch die Beschlagnahme des Vermögens der Angeschuldigten sind allerdings nur solche Vermögensbestandtheile in Verstrickung gekommen, welche ihm selbst gehören. Welche Wirkung aber diesem Grundsatze in Ansehung der Objekte einer etwa bestehenden Gütergemeinschaft beizulegen sei, erscheint zur Zeit völlig illiquid und würde von verschiedenen thatsächlichen Untersuchungen abhängen, welche nach Art. 63 des Ausführungsgesetzes mit der nur im Rechtspunkte zulässigen weiteren Beschwerde nicht hierher gebracht werden können und, soweit sie von irgend einer Seite bestritten werden, überhaupt nicht im Bereiche der freiwilligen Rechtspflege, sondern mittels Rechtsstreits zum Austrage zu bringen sind.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß der vorausgeschickte Grundsatz durch diese Art der Anwendung Schaden leidet; denn wenn eben nur Sachen, die dem Angeschuldigten gehören, beschlagnahmt werden dürfen, so darf an sich schon die Beschlagnahme nur auf Gegenstände erstreckt werden, die allein dem Angeklagten gehören bezw. es kann nur der Antheil desselben beschlagnahmt werden. Durch letzteres Vorgehen wird schon der Dritte, insbesondere die antheilsberechtigte Frau in Mitleidenschaft gezogen,[97]) das läßt sich indessen nicht ändern. Nicht aber darf einfach alles Vermögen, an welchem der Angeschuldigte berechtigt sein könnte, der Beschlagnahme unterstellt und der Ehefrau überlassen werden, ihrerseits zu klagen.

Dagegen hat mit Recht das bayrische oberste Landesgericht[98]) ausgesprochen, daß der Eintrag der Dispositionsbeschränkung auf dem ideellen Antheil des Ehemanns zu erfolgen hat, auch wenn nach dem einschlägigen Civilrecht nur beide Ehegatten gemeinsam Hypothek bestellen können, da die richterliche Dispositionsbeschränkung der Hypothek

[96]) Entsch. Bd. XII S. 116.
[97]) Ebenda Bd. XIII S. 223.
[98]) Ebenda S. 222.

Digitized by Google

nicht gleichsteht und ihr Eintrag von der Zustimmung des anderen Ehegatten nicht abhängig gemacht werden kann.

Hinwiederum haben in derselben Entscheidung die Fragen, wer von den Ehegatten bei bestehender Gütergemeinschaft zur Vertretung derselben während der Beschlagnahme befugt sei und ob die Ehefrau dann ev. die Fesseln dieser Gemeinschaft abstreifen könne, nicht zu befriedigenden Ergebnissen geführt.

1. In der ersten Frage wurde — es handelte sich um die fränkische Landgerichtsordnung — verneint, daß das Verfügungsrecht auf die Ehefrau übergehen könne. Dieselbe könne nicht im Auftrage oder mit Genehmigung ihres Ehemanns die Verwaltung führen, weil Auftrag und Genehmigung durch die Beschlagnahme ausgeschlossen sei. Dies ist als richtig anzuerkennen. Wenn aber auch weiter verneint wird, daß sie bei bestehender Verhinderung ihres Mannes in die Vertretung des Gesammtvermögens eingetreten sei, so kann dem nicht zugestimmt werden. Schon das bayrische Oberappellationsgericht[99]) hatte in einem Erkenntnisse vom 24. September 1858 im Anschlusse an die Vermögensbeschlagnahme gegenüber Zuchthausgefangenen vollständig richtig ausgesprochen, daß die Frau des Gefangenen in die Vertretung eintrete, weil die Strafe nur ihn, nicht sie treffen könne, sie sich nicht gegen ihren Willen die Anordnung einer Kuratel gefallen lassen müsse, das Vermögen unausgeschieden und eine Verwaltung daran ohne Beschränkung des anderen Theils nicht denkbar sei. Wenn das oberste Landesgericht mit Rücksicht auf § 334 R.St.P.O. zu einem anderen Resultate gelangt, so sind diese Gründe in keiner Weise widerlegt, und doch erscheint es unter Umständen noch erträglicher, das Ende einer zeitlich bestimmten und in der Regel nicht gar langen Zuchthausstrafe abzuwarten, als die ungewisse Rückkehr des Geflüchteten. Daß aber mit der Bemerkung, Letzterer brauche ja nur wiederzukommen, nichts hinsichtlich der Rechte der Frau gesagt ist, liegt auf der Hand.

Der Ehefrau, welche behauptete, daß sie zur Ernährung ihrer Familie einen Theil des gemeinschaftlichen Vermögens veräußern müsse, wurde dies daher verboten, ihr aber auch andererseits nicht gestattet,

[99]) Bl. f. R.A. Bd. 24 S. 118; ähnlich auch der oberste Gerichtshof in Bd. IV S. 22, insbes. 25, und Bd. VI S. 358, beide gerade auch für das Gebiet des fränkischen Landrechts, dazu für das gleiche Rechtsgebiet Entscheidungen in Deutsche Notariatszeitung 1883 S. 69, 89 f., aber auch S. 13.

Digitized by Google

die Gütergemeinschaft aufzulösen, ihr Vermögen auszuscheiden und zur Ernährung der Familie zu verwenden. Was

2. den letzteren Punkt anlangt, so erscheint die Entscheidung, insbesondere im Zusammenhang mit dem Punkt 1, so recht geeignet, zu zeigen, daß die Praxis nicht vermocht hat, die Rechte der Familienmitglieder und insbesondere das sowohl in den Motiven wie in der Berathung und hier gleichmäßig von Regierung und Abgeordneten als selbstverständlich zu wahrende bezeichnete Alimentationsrecht[100]) gegenüber der staatlichen Beschlagnahme genügend zu schützen.

Begründet wird die Stellungnahme damit, daß, so lange keine Ehescheidung oder Ehenichtigkeit vorliege (oder im speziellen Rechte die vereinkindschafteten Kinder gestorben seien) die Aufhebung der Gütergemeinschaft nur dann erfolgen könne, wenn die Frau auch wider Willen des Mannes dieselbe durchsetzen könne. Denn der Ehemann könne selbst den Güterstand nicht ändern, der Kurator könne ihn in dieser persönlichen Frage nicht vertreten und solle auch überhaupt, wenn er es könne, grundsätzlich in die Aufhebung der Gütergemeinschaft nicht willigen.

Man versagt der Frau also auf der einen Seite den Gebrauch der gemeinschaftlichen Objekte und hindert sie auf der anderen Seite, die Gütergemeinschaft aufzulösen.

Es ist bezeichnend, auch die Gründe für diese letztere Stellungnahme zu verfolgen. Man verneint, daß der Satz, jeder Theilnehmer einer Gemeinschaft könne jederzeit die Auflösung derselben verlangen, auf das Güterrecht angewendet werden könne. Man erklärt im speziellen Rechte die einseitige Auflösung für zulässig, „wenn der eine Ehetheil dem anderen durch sein Verhalten die Aufrechterhaltung der bisherigen Gemeinschaft gefährlich erscheinen lasse", man erkennt aber trotz des Dilemmas, in dem sich die Frau befindet, nicht an, daß ein solcher Fall hier gegeben sei, und die Frage, „ob auch andere Momente, wie sie in einem bestimmten Falle als gegeben angenommen werden, was das Objekt thatsächlicher Feststellung ist, auch wirklich als zum Verlangen der Grundtheilung berechtigend zu erachten seien, erscheint reine Ermessensfrage, welche nicht auf dem Wege der Revision zur Erledigung gebracht werden kann". Ebenso konnten auch thatsächliche Momente

[100]) Vergl. oben § 8.

Digitized by Google

wie die Alimentation der Familienglieder nicht in der Revisionsinstanz zur Sprache gebracht werden. Es ist nicht ersichtlich, ob diese Momente erst in der Revisionsinstanz überhaupt im fraglichen Falle zuerst zur Sprache kamen, dann würde allerdings die Hauptschuld auf anderer Seite liegen, gewiß ist, daß die getroffene Entscheidung nicht befriedigt, wenn sie auch das formale Recht auf ihrer Seite haben sollte.

Für die Zukunft freilich ist die getroffene Entscheidung als Präjudiz nicht von großer Bedeutung. Denn durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist in beiden besprochenen Richtungen Wandel geschaffen. Nach dem gesetzlichen Güterstande kann die Frau gemäß § 1401 B.G.B. ausnahmsweise auch ohne Einwilligung des Mannes über eingebrachtes Gut verfügen und sich zu Leistungen verpflichten, wenn der Mann durch Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Ebenso kann sie gemäß § 1409 zum Vormund bezw. Pfleger des Mannes ernannt werden (§§ 1900, 1915) und alle Rechte ausüben, die sich aus der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Guts ergeben. Ist ein Anderer Vormund, dann übt dieser auch die genannten Rechte aus, aber gemäß § 1418 Z. 5 kann die Frau auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung klagen, wenn für den Mann ein Abwesenheitspfleger bestellt und die baldige Aufhebung der Pflegschaft nicht zu erwarten ist. „Ist der Ehemann nicht mehr im Stande, die Vermögensverwaltung zu führen, so fällt die Voraussetzung weg, von welcher das Gesetz, entsprechend dem vermuthlichen Willen der Ehefrau und dem persönlichen Verhältnisse unter den Ehegatten bei der Regelung des Güterverhältnisses ausging. Der Ehefrau kann nicht zugemuthet werden, statt des Ehemanns selbst sich dessen gesetzlichen Vertreter als Verwalter ihres Vermögens gegen ihren Willen aufnöthigen zu lassen.“[101]) Da dieses Recht der Ehefrau nicht schlechtweg wegen Abwesenheit des Mannes, sondern nur bei wirklicher Bestellung eines Abwesenheitspflegers zusteht und die Motive die Einleitung einer „generellen, das ganze Vermögen umfassenden“ Pflegschaft fordern, so erhebt sich die Frage, ob die Güterpflege des § 334 R.St.P.O. hierunter zu begreifen sei. Nach dem Wortlaute des Gesetzes und auch nach dessen Sinn (Verdichtung der Abwesenheit zur Bestellung eines Abwesenheits-

[101]) Motive bei Haidlen zu § 1418 Bd. III S. 175.

Digitized by Google

pflegers) wird daran nicht zu zweifeln sein, sobald die rasche Aufhebung der Pflege nicht zu erwarten ist.

Beim System der Gütergemeinschaft, das durch Vertrag eingeführt werden kann, ist allerdings eine dem § 1418 Z. 5 entsprechende Bestimmung in § 1468 nicht aufgenommen worden: aber nach § 1450 kann die Frau, wenn der Mann durch Abwesenheit verhindert ist, ein sich auf das Gesammtgut beziehendes Rechtsgeschäft vorzunehmen oder beziehenden Rechtsstreit zu führen, im eigenen Namen oder in dem des Mannes das Geschäft vornehmen oder den Rechtsstreit führen, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Außerdem muß sie allerdings auch nach § 1457 die Vormundschaft, der die Verwaltung des Gesammtguts zusteht, dulden, sie wird aber selbst auch als Vormund in der Regel in Betracht kommen.

Freilich wird gerade bei der hier fraglichen Güterpflege mit Rücksicht auf die kollidirenden Interessen es meist nicht angängig sein, die Frau als Pfleger des Mannes, gegen den die Pflege gerichtet ist, zu bestellen.

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft ist die Frau wieder berechtigt, auf Aufhebung derselben zu klagen, wenn der Fall des § 1418 Z. 5 vorliegt, während die Mobiliar- und Errungenschaftsgemeinschaft sich den Vorschriften über die Gütergemeinschaft anschließt (§ 1549).

II. Soweit im Vorstehenden von der Alimentation der Familienangehörigen die Rede war, sind die Interessen der Kinder ebenfalls schon berührt worden. Erscheinen sie als Miteigenthümer des Vermögens oder von Theilen desselben, was allerdings bei Lebzeiten der Eltern nicht die Regel bildet, wohl aber z. B. nach dem Tode der Mutter, so sind sie in ähnlicher Lage wie die Ehefrau. Und auch für den Fall, daß sie die Auflösung der Gütergemeinschaft an sich zu fordern berechtigt sind, durch die Beschlagnahme aber hieran gehindert werden, gilt für sie das, was bezüglich der Ehefrau gesagt wurde.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch § 1634 hat die Mutter während der Dauer der Ehe das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Und auch die ihr sonst nicht zustehende elterliche Gewalt übt sie mit Ausnahme der Nutznießung nach § 1685 B. G. B. aus, wenn der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt thatsächlich verhindert ist oder seine väterliche Gewalt ruht, was hier der Fall wäre (§§ 1676, 1677). Endlich hat das Vormundschaftsgericht

Digitized by Google

letzteren Falls der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung der elterlichen Gewalt einschließlich der Nutznießung des Vermögens zu übertragen, wenn die Ehe aufgelöst ist und keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens der väterlichen Gewalt alsbald wegfalle.

Ist auch die Mutter nicht mehr am Leben oder nicht mehr im Besitze der elterlichen Gewalt, dann muß für die minderjährigen Kinder gemäß § 1773 B.G.B. ein Vormund bestellt werden.

III. Ergiebt sich die Nothwendigkeit einer Auseinandersetzung des ehelichen Vermögens, indem die Ehefrau stirbt oder die Ehe geschieden oder die Aufhebung der eheherrlichen Verwaltung bezw. der Gütergemeinschaft angeordnet wird, so muß auch hierbei der Pfleger das beschlagnahmte Vermögen vertreten, und es geht selbstverständlich nicht an, die Auseinandersetzung deshalb hinauszuziehen, weil der Ehemann abwesend ist.

Wenn hinsichtlich der Auseinandersetzung oder in ähnlichen Fällen die Interessen der Kinder mit denen der Eltern kollidiren, so wird es nothwendig sein, ihnen einen Spezialkurator zu bestellen, falls sie nicht schon einen Vormund haben.[102]) B.G.B. § 1909.

IV. Anhangsweise ist noch der Fall zu besprechen, welcher selten, aber keineswegs undenkbar ist, daß nämlich die Beschlagnahme gegen die Ehefrau verhängt wird. Hier kann selbstverständlich den Rechten des Ehemanns auf Nutznießung und Verwaltung (B.G.B. § 1363) sowie Besitz des Vermögens (§ 1373 bezw. für die Gütergemeinschaft § 1443) durch die Beschlagnahme kein Abbruch geschehen, und dieselbe würde in der Hauptsache für das Vorbehaltsgut (§§ 1365—1371 bezw. für die Gütergemeinschaft § 1441) wirksam sein. Hinsichtlich der Eigenthumsverhältnisse stehen ja im Uebrigen bei der Gütergemeinschaft Mann und Frau gleich, und bei getrenntem Eigenthume ist, abgesehen von den Verwaltungs- und Nutzungsrechten, das fremde Eigenthum stets der Beschlagnahme entrückt.

§ 10. Beendigung der Güterpflege.

I. Die Güterpflege des § 334 R.St.P.O. ist aufs Engste verknüpft mit der Beschlagnahme, durch welche sie ins Leben gerufen wurde, und wird in der Regel endigen mit der Aufhebung der Beschlagnahme.

[102]) Entsch. des obersten Landesgerichts für Bayern Bd. XIII S. 227.

Digitized by Google

1. Letztere Aufhebung gehört wieder dem Strafprozesse an und ist durch diejenige Strafkammer zu bethätigen, welche die Beschlagnahme verhängt hat. Diese muß aufgehoben werden, wenn die Gründe derselben weggefallen sind,[103]) also vor allem

a) wenn sie ihren Zweck erfüllt hat, indem durch sie oder Haft gezwungen oder aus anderen Gründen der Angeschuldigte zurückgekehrt ist, aber auch

b) wenn derselbe gestorben oder in Geisteskrankheit verfallen ist,[104])

c) wenn die öffentliche Klage unwirksam geworden ist, sei es, daß das Gericht den Angeschuldigten Mangels genügender Verdachtsgründe außer Verfolgung gesetzt hat, sei es, daß die Strafverfolgung wegen des Grundsatzes: Ne bis in idem!, wegen eingetretener Verjährung oder ähnlichen Grundes unzulässig geworden ist. In dem gemäß § 196 R.St.P.O. zu fassenden Beschlusse ist gemäß § 336 Abs. 2 R.St.P.O. auch über die Aufhebung der Beschlagnahme zu entscheiden.

Auch die Beschlagnahme nach §§ 325 und 326 der R.St.P.O. ist aufzuheben, wenn der Grund derselben weggefallen ist. Dies ist bei § 326 schon der Fall, wenn die Staatskasse Deckung gemäß § 325 erlangt hat, sonst überhaupt, wenn die Deckung erfolgt oder unnöthig geworden ist.

Wird die Aufhebung der Beschlagnahme ausgesprochen, dann ist diese Aufhebung gemäß §§ 335 Abs. 2, 326 a. E. ebenda durch die Strafkammer bezw. die Staatsanwaltschaft bei derselben in den nämlichen Blättern bekannt zu machen, durch welche die Beschlagnahme selbst veröffentlicht worden war.

2. Die Aufhebung der Beschlagnahme ist selbstverständlich auch demjenigen Gerichte, bei welchem die Güterpflege geführt wird, mitzutheilen. Dasselbe hat alle Folgen der Beschlagnahme, insbesondere zur Zeit die Dispositionsbeschränkungen in den öffentlichen Büchern zurückzunehmen, soweit solche nicht auf Antrag der Staatsanwaltschaft direkt erfolgt und bereits rückgängig gemacht sind. Mit der Aufhebung der Beschlagnahme ist auch diese Art ihrer Bekanntmachung zurückzunehmen.

---

[103]) § 335 Abs. 1 R.St.P.O.

[104]) Auf den Willensunfähigen darf keine Einwirkung mehr ausgeübt werden.

Digitized by Google

II. Von der strafrechtlichen Aufhebung der Beschlagnahme verschieden ist die civilrechtliche Aufhebung der Güterpflege. Beide Verfügungen brauchen zeitlich nicht zusammenzufallen, sind begrifflich keineswegs identisch, und es kann insbesondere die Güterpflege auch nach Aufhebung der Beschlagnahme fortdauern. Freilich immer unter Veränderung ihres Zwecks und ihres Inhalts.

1. Wenn die öffentliche Klage weggefallen, der Abwesende aber nicht zurückgekehrt ist und keine Vollmachten gesendet hat, so kann die qualifizirte Abwesenheitsvormundschaft in eine gewöhnliche Abwesenheitsvormundschaft übergehen, falls deren Erfordernisse (vergl. B. G.B. § 1911) vorliegen. In einem solchen Falle ist die Aufhebung der Pflegschaft auf Grund des Beschlagnahmebeschlusses nicht möglich, da es nicht angeht, das verwaltete Vermögen eine Zeit lang schutzlos dem allgemeinen Zugriffe preiszugeben, um dann später dieselbe Pflegschaft wieder einzuführen, übrigens auch Niemand da wäre, der Vormund und Gericht entlasten, das Vermögen übernehmen könnte ꝛc.

2. Wenn der Abwesende in Geisteskrankheit verfallen ist, so sind die vorher erwähnten Verhältnisse die gleichen, und es erübrigt auch hier nichts, als weiter im Wege der staatlichen Fürsorge thätig zu sein, und zwar nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, indem, so lange der Antrag auf Entmündigung wegen Geisteskrankheit nicht gestellt ist, eine Pflegschaft nach § 1910, ev., falls dies geschehen ist, eine vorläufige Vormundschaft nach § 1906 eingeleitet wird. Denkbar ist auch eine sich an die bisherige anschließende Kuratel wegen Verschwendung, körperlichen Leidens ꝛc. In allen diesen Fällen tritt aber an die Stelle der gleichzeitig dem Pflegling und strafprozessualen Rücksichten dienenden Pflegschaft eine ganz anders geartete mit anderen Zwecken und anderen Gesichtspunkten, auf welche der Pfleger, der unter Umständen jetzt Vormund wird und demgemäß zu verpflichten ist, nachdrücklichst hingewiesen werden muß.

III. Die Pflegschaft ist, wie auch in § 1919 des B. G.B. ausgesprochen ist, aufzuheben, wenn der Grund für ihre Anordnung weggefallen ist, und die gewöhnliche Abwesenheitsvormundschaft ist insbesondere dann von dem Vormundschaftsgerichte nach § 1921 des B. G.B. aufzuheben, wenn der Abwesende an der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten nicht mehr behindert ist. Die Pflegschaft

Digitized by Google

fällt aber nicht ipso jure mit dem Eintritte dieses Zustands weg,[105]) sondern sie dauert mit der Wirkung, daß der Pfleger vertretungsberechtigt bleibt, bis zur Aufhebung der Pflegschaft. Wie verhält sich nun diese Bestimmung zu derjenigen in § 335 R.St.P.O., enthält etwa die Aufhebung der Beschlagnahme zugleich diejenige der Güterpflege? Es wurde bereits dargethan, daß letzteres keineswegs zutreffen kann und daß der Pflegschaftsrichter insbesondere noch von anderen Erwägungen ausgehen muß wie der Strafrichter. Andererseits ist die Beschlagnahme die Grundlage dieser Pflegschaft und mit deren Wegfall muß auch sie zusammenstürzen.

Man wird unterscheiden müssen:

1. Sind beide Pflegschaftsgründe, welche in der qualifizirten Abwesenheitsvormundschaft des § 334 R.St.P.O. enthalten sind, der straf- und der privatrechtliche weggefallen, ist also die Beschlagnahme aufgehoben, weil der Abwesende zurückgekehrt ist und selbst frei verfügen kann, dann giebt es von der Aufhebung der Beschlagnahme an keinen Rechtsgrund, um dem Angeschuldigten oder bisherigen Angeschuldigten die Verfügung über sein Vermögen weiter zu entziehen. Es handelt sich um eine reine Zwangsmaßregel, die nicht mehr aufrecht erhalten werden kann, sobald der Grund ihrer Anordnung weggefallen ist, wesentlich im Gegensatze zu denjenigen anderen Fällen der Pflegschaft, die aus Rücksicht für den Pflegling ins Leben gerufen wurden. Es kann also der Angeschuldigte nach Aufhebung der Beschlagnahme nicht mehr gehindert werden, über sein Vermögen zu verfügen, und er kann nicht gezwungen werden, weitere Verfügungen des Pflegers als bindend anzuerkennen, auch wenn die Pflegschaft formell noch nicht aufgehoben ist.

2. Liegen dagegen nach Aufhebung der Beschlagnahme immer noch die Voraussetzungen der gewöhnlichen Abwesenheitskuratel vor, wissen insbesondere Pfleger und Gericht den Aufenthalt des Pfleglings gar nicht, dann ist die Aufhebung der Pflegschaft nicht thunlich und es müssen Verfügungen des Pflegers, die freilich dann thunlichst einzuschränken sind, den Pflegling binden (B.G.B. §§ 1893, 1682, 1683). Wenn derselbe freilich, auch im Auslande, selbst über sein Vermögen verfügt, so wird nach Aufhebung der Beschlagnahme hiergegen nichts erinnert werden können:

[105]) Haidlen a. a. O. zu § 1918 Bd. III S. 811.

Digitized by Google

nur lasten auf dem Vermögen die durch die Pflegschaft begründeten Verpflichtungen.

Indessen wird es wohl richtiger sein, auch in diesem Falle zu sagen, daß die Güterpflege durch Aufhebung der Beschlagnahme in ihrer Fortwirkung ipso jure aufgehoben ist und daß hier nur, wie auch im Falle der Verschwendungs-, Krankheitskuratel eine andere unmittelbar anschließt. Dann würde man zum Ergebnisse gelangen, daß an sich durch die Aufhebung der Beschlagnahme auch die Güterpflege aufgehoben ist, man müßte sich aber gegenwärtig halten, daß sofort eine neue Kuratel an die Stelle getreten ist. Die Strafprozeßordnung hat auffälliger Weise von der Aufhebung der Güterpflege, deren Einleitung sie anordnet, nichts gesagt, und man könnte daraus den Schluß ziehen, daß auch sie dieselbe mit der Aufhebung der Beschlagnahme für erledigt hält.

IV. Auch die gegentheilige Frage, ob die Güterpflege aufgehoben werden kann, ohne daß die Beschlagnahme aufgehoben wurde, ist nicht ganz einfach zu beantworten.

1. Steht der Tod des Pfleglings in unanfechtbarer Weise fest, so hat das Pflegschaftsgericht die allgemeine Abwesenheitspflegschaft aufzuheben und mit dieser Aufhebung endigt auch die Pflegschaft (B. G.B. § 1921). Da hier mit der Person des Pfleglings die vom Vormundschaftsgerichte zu prüfende Voraussetzung der Pflegschaft erloschen ist, so wird man auch bei unserer Güterpflege dies für anwendbar halten, und man wird es als reine Formsache betrachten, ob vorher oder nachher auch die Beschlagnahme aufgehoben wurde. Vorsichtig wird es natürlich sein, zunächst Ersteres zu veranlassen, und keinesfalls kann die Aufhebung der Pflegschaft erfolgen, bevor der Nachweis des erfolgten Todes geführt ist.[106])

2. Aehnlich, aber schon schwieriger liegt der Fall, wenn der Abwesende für todt erklärt wurde. Mit der Todeserklärung des Pfleglings endigt allerdings auch die gewöhnliche Abwesenheitspflegschaft (§§ 1884, 1921 Abs. 3).[107]) Aber die Todeserklärung begründet doch nur eine Vermuthung, daß der Verschollene zu dem im Urtheile angegebenen Zeitpunkte verstorben ist (B. G.B. § 18), eine Vermuthung,

[106]) Entsch. des Reichsgerichts Bd. XII S. 15.

[107]) Gemäß Art. 160 des Einf.G. gilt dies auch für vor dem 1. Januar 1900 erfolgte Todeserklärungen.

Digitized by Google

die widerlegt werden kann, wie denn § 2031 ausdrückliche Bestimmungen trifft für den Fall, daß der Todterklärte zurückkehrt. Andererseits wirkt die Vermuthung des Todes für und gegen Jedermann.[108]) Das Pflegschaftsgericht wird hier doch neben dem Ausschlußurtheil die Aufhebung der Beschlagnahme fordern müssen, da eine Unmöglichkeit, die Pflegschaft weiter zu führen, hier nicht gegeben ist und das gegentheilige Interesse des Staates bezw. Fiskus besteht. Andererseits wird die Aufhebung der Beschlagnahme nicht verweigert werden können, wegen der gesetzlichen Vermuthung.

3. Die Rückkehr des Angeschuldigten allein ohne Aufhebung der Beschlagnahme rechtfertigt nicht die Aufhebung der Pflegschaft.

V. Die Rechnungsstellung des Pflegers nach Aufhebung der Pflegschaft und die Entlastung desselben bieten nichts Besonderes.

§ 11. Uebergangszeit.

Wir haben gesehen, daß durch das neue bürgerliche Recht der Güterpflege zum Theil ein ganz anderer Inhalt gegeben wird als von den bisherigen Rechten.

Nach Art. 210 des Einführungsgesetzes ist auf eine zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende Pflegschaft oder Vormundschaft von dieser Zeit an das Bürgerliche Gesetzbuch anzuwenden. Die bisherigen Vormünder oder Pfleger bleiben im Amt.

---

[108]) Motive bei Haidlen Bd. I S. 33.

Digitized by Google

4.

Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung (Anrechnungsbestimmung) im preuß. Allg. Landrecht und Bürgerlichen Gesetzbuch und die compensatio compensationis.

Von **Dr. James Goldschmidt** in Berlin.

§ 1.

Grundlagen.

Der „Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung" (Anrechnungsbestimmung), wie er in den §§ 151, 375 I 16 A. L.R. vorkommt und im § 396 B. G.B. Aufnahme gefunden hat, ist ein dem gemeinen Recht fremder Begriff. Man hat unter ihm das außergerichtliche, einseitige, empfangsbedürftige Rechtsgeschäft zu verstehen, durch welches ein Aufrechnungsgegner die Anrechnung einer Gegenforderung, welche gegen eine von mehreren ihm zustehenden Forderungen aufgerechnet worden ist, gegen eine andere derselben nach Maßgabe der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge bewirkt.

Im gemeinen Recht hat der Begriff der sog. „compensatio compensationis" eine große Rolle gespielt. Dieser bedeutet seinem Wortlaut nach dasjenige außergerichtliche, einseitige, empfangsbedürftige Rechtsgeschäft, durch welches ein Aufrechnungsgegner gegen eine Gegenforderung, welche gegen eine von mehreren ihm zustehenden Forderungen aufgerechnet worden ist, eine beliebige andere derselben, oder durch welches er seine Forderung, gegen welche der Kompensant eine von mehreren ihm zustehenden Gegenforderungen aufrechnete, gegen eine andere derselben aufrechnet.

Digitized by Google

Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung ist also keine compensatio compensationis, weil überhaupt keine compensatio.

Die Feststellung muß ausdrücklich getroffen werden, weil das Dunkel, welches die Lehre von der compensatio compensationis umgiebt, seine Entstehung einer Doppelverwechselung verdankt: 1. der irrthümlichen Identifizirung von compensatio compensationis mit replica (replicatio) compensationis, 2. der irrthümlichen Identifizirung von compensatio compensationis mit Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung.

I. Die compensatio compensationis ist begrifflich von einer replica (replicatio) compensationis verschieden, und zwar sowohl in formeller, wie materieller Hinsicht.

1. In formeller Hinsicht: Der Ausdruck „replica (replicatio) compensationis" ist der prozeßrechtlichen Terminologie entnommen und hat die Bedeutung, daß er die Gegenaufrechnungserklärung für eine Prozeßhandlung erklärt, ihr also die Natur eines materiellen Rechtsgeschäfts abspricht. Der Ausdruck „compensatio compensationis" dagegen führt die Frage, ob jene Gegenaufrechnungserklärung ein Rechtsgeschäft sei, zurück auf die, ob die Aufrechnungserklärung selber eines sei. Diese Frage gehört zu den bestrittensten; doch hat sich schon im heutigen gemeinen und preußischen Recht eine Ansicht zu der Rolle einer herrschenden durchgerungen, und das ist die, daß die Aufrechnung durch Parteierklärung[1]) vollzogen werde, und zwar entweder

[1]) Ueber den Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Prozeßrechtsakt vergl. Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältniß, Mannheim 1888 S. 34. — Die Ansicht, daß die Aufrechnung von selbst, sine facto hominis, vollzogen werde, liegt im römischen Recht der ursprünglichen Auffassung des „ipso jure compensari", wie es in § 30 J. de actionibus IV, 6; l. 4, 10 pr., 21 D. de compens. XVI. 2; l. 4, 14 C. eod. IV. 31 vorkommt, zu Grunde und wurde für dasselbe vertreten von Theophilus in der Paraphrase zu § 30 J. de actionibus IV. 6, und dem Glossator Martinus, vergl. Hugolini, dissens. dominorum, § 240, ed. Haenel, p. 423 „quidam", gl. „ipso jure" ad l. si constat C. h. t., not. per Martinum, quod ipso jure fit compensatio et si non opponatur ab homine. Diese in der heutigen Doktrin des gemeinen Rechts und auch im preußischen Recht trotz der Unklarheit der Ausdrucksweise des § 301 I 16 A. L.R. — vergl. Motive zum Entwurf dieses Titels S. 132 Pensum XIV — aufgegebene Ansicht liegt der compensation légale des Code civil, Art. 1290, zu Grunde; vergl. Demolombe, cours de Code Napoléon, XXVII. 686; Entsch. des

Digitized by Google

durch Vertrag[2]) oder durch einseitige gerichtliche oder außergerichtliche[3]) Erklärung. Das B. G.B. hat diese herrschende Theorie kodifizirt,

---

kassationshofs vom 29. März 1841; Zachariä von Lingenthal, franz. Civ.R., neu herausgegeben von Crome, Freiburg 1894 Bd. II, S. 363. Die compensation légale tritt nur bei liquiden Forderungen ein; ihr Vorbringen im Prozeß macht die Thatsache der geschehenen Erlöschung der Forderung geltend; vergl. Zachariä-Crome a. a. O. Note 3a; Entsch. des R.O.H.G. Bd. X S. 165 ff. Unterlassenes Vorbringen gilt, wenn es wissentlich geschieht, als Verzicht; wenn es unwissentlich geschieht, begründet es eine condictio indebiti: so Zachariä-Crome a. a. O. Note 2. Daher ist Vorschützen der compensation légale auch in der Berufungs- und Vollstreckungsinstanz zulässig: Code de procédure Civile Art. 464. — Im gemeinen Recht haben sich gegen die Auffassung, daß die Aufrechnung ohne Willenserklärung vollzogen werde, erklärt: Azo, § 13 seiner Summa zum Kodextitel IV. 31; Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation u. s. w., 2. Aufl. Heidelberg 1868 S. 284; ders. Pandekten, 3. Aufl. Berlin 1892 Bd. II § 62; Eisele, Die Kompensation nach röm. u. gem. Recht, Berlin 1876 S. 186 ff., 228 ff.; Eck in Behrend's Ztschr. für Gesetzgebung u. Rechtspflege Bd. III (1869) S. 129; Kohler in der Ztschr. f. deutsch. Civ.Proz. Bd. XX S. 2, wo er bemerkt, die Thätigkeit des Kompensanten sei conditio juris für die Kompensationswirkung. In der prinzipiellen Bedeutung abweichend, aber praktisch nicht viel anders: Windscheid, Pandekten 7. Aufl. Bd. II § 349, wo er in Note 10 eine Litteraturübersicht giebt, und Brinz in Becker's Jahrb. Bd. I Nr. 2. — Für das preußische Recht sind im Hinblick auf § 300 I 16 A.L.R. der gleichen Ansicht: Rehbein u. Reincke, Das A.L.R., 5. Aufl., Berlin 1894 Note 141 zu § 301 I 16; Förster-Eccius, Preuß. Priv.R., 7. Aufl. Berlin 1896 Bd. I S. 594; Plenarbeschluß des Ob.Trib. v. 8. April 1839 (Entsch. Bd. IV S. 208); ferner Obertribunal Entsch. Bd. XII S. 241; Bd. XLVI S. 114; schließlich neuestens Deichmann in Gruchot's Beiträgen Bd. XLII (1898) S. 274. Auf dem Boden, daß Parteierklärung zur Vollziehung der Aufrechnung nöthig sei, stehen schließlich noch das Civ.G.B. für Zürich (1854), Art. 1052, 1054; das B. G.B. für Sachsen (1863), § 992; der hessische Entw. Art. 308 Abs. 2, 318 Abs. 2; der Dresdener Entwurf Art. 384.

[2]) Daß die Aufrechnung durch Vertrag bewirkt werden könne, ist für kein Rechtsgebiet je bestritten worden. Dernburg a. a. O. Kompensation, S. 590 ff. unterscheidet die pacta de nominibus compensandis von der compensatio in praeteritum. Besonders wichtige Fälle der vertragsmäßigen Aufrechnung sind der Kontokurrent- und der Skontrationsvertrag; vergl. auch Endemann, Einleitung in das Studium des B. G.B., 3. u. 4. Aufl., Bd. I 1898 § 146. Die Bedingungen der gesetzlichen einseitigen Aufrechnung können hier durch den Parteiwillen modifizirt werden. Der Kontokurrentvertrag enthält stets zugleich auch einen Novations-(Umschaffungs-)vertrag, nach dessen Beseitigung durch das B. G.B. den §§ 780—782 B. G.B. über Schuldversprechen und Schuld-

Digitized by Google

indem es im § 388 B. G.B. verordnet: „Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile". Ist danach die Auf-

---

anerkenntniß eine entsprechende Funktion obliegen wird; vergl. Motive zum I. Entw. e. B.G.B. Bd. II S. 78, 79. Der Skontrationsvertrag ist stets zugleich auch ein Delegationsvertrag, weshalb insbesondere bei dem Skontrationsvertrag der Streit, ob die Parteien sich über das Erforderniß der Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung hinwegsetzen können, müßig ist; vergl. Dernburg a. a. O. Kompensation S. 593; Eisele a. a. O. S. 245, 246; Striethorst, Archiv f. Entsch. des Ob.Trib., Bd. LXVIII S. 84. Ueber die Frage, ob der Aufrechnungsvertrag Zahlung oder Erlaßvertrag sei, vergl. Windscheid a. a. O. § 351 Nr. 2; Dernburg a. a. O. Kompensation S. 594; Eisele a. a. O. S. 236; Planck, Kommentar zum B. G.B. Note 1 zu § 387. Die vertragsmäßige Aufrechnung entspricht der compensation conventionelle des französischen Rechts, welche die Aufrechenbarkeit der beiden einander gegenüber stehenden Forderungen selbst erst herstellt, z. B. durch Verzicht auf ein verzichtbares Aufrechnungserforderniß, sodaß die Wirkung ex nunc eintritt; vergl. Zachariä-Crome a. a. O. S. 363 Note 2.

[3]) Die Frage, ob die Aufrechnung mit Wirksamkeit auch durch einseitige außergerichtliche Erklärung vorgenommen werden könne, gehört zu den bestrittensten überhaupt. Dagegen sind für das gemeine Recht: Windscheid a. a. O. § 349, insbes. Note 15a bei.; Eisele a. a. O. S. 248 ff.; Brinz, Lehre v. d. Kompensation, Leipzig 1849 S. 132 ff.; O. Geib, Theorie der gerichtl. Kompensation, Tübingen 1897; Protokolle der II. Kommission für die Lesung des Entw. e. B. G.B., Berlin 1897 Bd. I S. 362, 363. Eben diese Autoren, welche die Möglichkeit, daß der Aufrechnende durch einseitige außergerichtliche Erklärung die Aufrechnung bewirken könne, leugnen, müssen konsequenter Weise auf dem Standpunkt stehen, daß die Aufrechnung, wenn im Prozesse geltend gemacht, nicht durch die Erklärung des Aufrechnenden, sondern erst durch das sie zulassende richterliche Erkenntniß zur Wirksamkeit gelange. In der That ziehen denn auch diese Konsequenz Windscheid a. a. O., Eisele a. a. O.; Brinz a. a. O.; Geib a. a. O.; ferner Schwanert, Kompensation, S. 252; Oetker, Konkursrechtl. Grundbegriffe, Bd. I S. 233; auch noch Dernburg a. a. O. Kompensation S. 580; derf. preuß. Priv.R. Bd. II S. 109, 228. Es stehen hingegen auf dem Standpunkt, daß die Aufrechnung durch einseitige Erklärung des Aufrechnenden, und zwar gerichtlich wie außergerichtlich, vollzogen werden könne: Bartolus, ad legem 4 D. de compens. XVI, 2; Dernburg a. a. O., Pand. Bd. II § 64 Note 1; Ohnesorge in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. XX S. 291; Unger in Grünhut's Ztschr. Bd. XV S. 545; Kohler a. a. O. Bd. XX S. 9; Stölzel, Schulung f. d. civilist. Praxis Bd. II (Zur Lehre v. d. Eventualaufrechnung), Berlin 1897 S. 9; Franz Leonhard, Die Aufrechnung, Göttingen 1896 S. 21, 129; ferner der überwiegende Theil der Praxis: Seuffert's Archiv Bd. III Nr. 165 (Wolfenbüttel); IX Nr. 253 (Dresden); XXII Nr. 128 (Lübeck); XXIII Nr. 12

Digitized by Google

rechnungserklärung (compensatio) selbst keine Prozeßhandlung, und deshalb auch keine Einrede, so kann der Ausdruck „Aufrechnungserklärung gegen die Aufrechnungserklärung" (compensatio compensationis) ebenfalls keine Prozeßhandlung bedeuten, sondern Erklärung und Gegenerklärung sind außergerichtliche einseitige Rechtsgeschäfte.

Dem gegenüber könnte es Befremden erregen, daß die gemeinrechtliche Theorie sich der Ausdrücke „replica (replicatio) compensationis" bedient hat. Der Grund ist ein äußerer und ein innerer:

a) Der äußere Grund, der schon aus dem Namen „replica" erhellt, ist der, daß die Aufrechnungserklärung allerdings meist als Einrede im Prozesse, und die Wettschlagung einer dritten Forderung gegen die aufgerechnete Gegenforderung meist als Replik (Widerrede)[4]) im Prozesse geltend gemacht zu werden pflegen. Dieser Gedanke hat die

(Stuttgart); XXVIII Nr. 215 (München); R.O.H.G. Bd. X S. 167; XVI S. 355; XIX S. 77. Auch die Partikulargesetze und verschiedene Gesetzentwürfe stehen auf dem angegebenen Standpunkt: Civ.G.B. für Sachsen § 992; Dresdener Entw. Art. 382; Entw. für Bayern Art. 182, 183 bei Gruchot, Beiträge Bd. XIX S. 331 ff. — Im preußischen Recht ist die Auffassung, daß die Aufrechnung inner- wie außerhalb des Prozesses durch einseitige Parteierklärung zu Stande komme, von jeher die herrschende gewesen; vergl. Koch, Kommentar zu § 300 I 16 A.L.R.; desi. Recht der Forderungen, Bd. II S. 692, 737; Bornemann, System des preuß. Civ.R., Bd. III S. 379; Förster-Eccius a. a. O. Bd. I S. 603; Gruchot a. a. O. Bd. XIX S. 334; Plenarpräjudiz des Ob.Trib. vom 8. April 1839 (Entsch. Bd. IV S. 208); Striethorst, Archiv Bd. LXXVII S. 154; Bd. LXXXIV S. 184; R.O.H.G. Bd. VII S. 86; IX S. 110; Reichsgericht Entsch. in Civ.S. Bd. IV S. 331; VI S. 254; VII S. 245; XI S. 119; Rehbein u. Reincke a. a. O. Note 141 zu § 301 I 16 A.L.R. Auch wenn cum compensatione oder auf Befreiung oder Quittung mit der Behauptung, die Schuld sei durch Aufrechnung getilgt, geklagt wird, tritt die Vollziehung der Aufrechnung gleichzeitig mit dem Zugehen der Erklärung an den Gegner in Kraft, nicht erst mit der Rechtskraft des Urtheils: so R.G. in Civ.S. Bd. XI S. 119; Kohler a. a. O. S. 6, 15 u. 16; Ohnesorge a. a. O. S. 288 ff.; O.A.G. Celle (Seuffert Bd. XXVI Nr. 81); Seuffert Bd. XXXVII Nr. 105 und die dort Citirten. — Bei der dritten Art der Aufrechnung des französischen Rechts, der compensation judiciaire, wird ein Theil der Wirkungen der Aufrechnung erst im Prozesse selbst verwirklicht; vergl. Näheres bei Zachariä-Crome a. a. O. S. 363 und den dort Citirten.

[4]) Der Ausdruck „Widerrede" dürfte vielleicht zur Verdeutschung des Ausdrucks „Replik" im Hinblick auf den Ausdruck „Einrede" nicht unangemessen sein.

Digitized by Google

Rechtswissenschaft in so hohem Grade beherrscht, daß man bei Behandlung der Aufrechnungslehre sich die Aufrechnungserklärung stets nur im Gewande einer prozessualen Einrede vorgestellt hat. Grund genug, sich die auf sie ergehende compensatio compensationis im Gewande einer prozessualen Widerrede vorzustellen.

b) Der Grund liegt aber noch tiefer. Wie wir im weiteren Verlaufe sehen werden, hat die gemeinrechtliche Theorie den Satz aufgestellt: „Compensatio (replica) compensationis non datur", von diesem aber mehrere Ausnahmefälle: beim Vorliegen zweier konnexen Forderungen, sowie beim Vorliegen eines entgegenstehenden Aufrechnungsgeschäfts gemacht. In diesen Ausnahmefällen aber — und dies werden wir später gleichfalls sehen [5]) — liegt überhaupt gar keine „compensatio compensationis", d. h. keine Gegenaufrechnungserklärung, sondern eine „replica compensationis", d. h. eine Prozeßhandlung vor, allerdings noch nicht einmal immer eine „Replik".

2. Die Ausdrücke „compensatio compensationis" und „replica compensationis" sind aber auch materiell verschieden. Wenn man nämlich sich auf den u. E. unrichtigen, aber doch vertretenen Standpunkt stellt, die compensatio und daher auch die compensatio compensationis seien Prozeßhandlungen, so würden die Ausdrücke „compensatio compensationis" und „replica compensationis" sich dennoch nicht decken; denn nicht alles, was im Prozeß im Wege der Replik gegen die einredeweise geltend gemachte Aufrechnung angeführt werden kann, dient der Wettschlagung einer dritten Forderung gegen die aufgerechnete Gegenforderung. So enthält jede Berufung auf die Unzulässigkeit der Aufrechnung aus einem gesetzlichen Grunde, z. B. weil die eingeklagte Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung entsprungen sei (§ 393 B.G.B.), [6]) eine „replica compensationis", ohne doch eine „compensatio compensationis" zu enthalten. Sorgfältig hüten muß man sich freilich, den Begriff „replica

[5]) Vergl. unten in den §§ 2 und 3.

[6]) Alle Widerreden aus den Aufrechnungsbeschränkungen der §§ 300 ff. I 16 A.L.R., §§ 392—395 B.G.B., Art. 121, 911 A.D.H.G.B., §§ 221, 414, 423 H.G.B. enthalten wohl „replicae compensationis", aber keine „compensationes compensationis". Die Beschränkungen der Aufrechenbarkeit sind in neueren Reichsgesetzen aus wirthschaftlichen Gründen recht zahlreich geworden, vergl. Förster-Eccius a. a. O. Bd. I S. 595 ff.

Digitized by Google

compensationis“ mit „replica nominis compensandi“ zu verwechſeln. Eine Widerrede, welche ſich gegen die Rechtsbeſtändigkeit der aufgerechneten Gegenforderung, nicht nur gegen die Zuläſſigkeit ihrer Aufrechnung richtet, iſt begrifflich keine „replica compensationis“, [7]) wenn ſie auch ſtets die Wirkung einer ſolchen haben wird.

II. Die compensatio compensationis iſt begrifflich verſchieden von dem Widerſpruch gegen die Aufrechnungserklärung; denn der Widerſpruch iſt keine compensatio:

1. Der Widerſpruch vermag keine Verſchiebung in der Parteirolle der gegen einander aufgerechneten Forderungen zu bewirken. Die von dem Kompenſanten aufgerechnete Gegenforderung wird durch den Widerſpruch nicht zu einer Forderung, gegen welche der Widerſprechende ſeine zweite Forderung aufrechnet. Der Widerſpruch hat nur zur Folge, daß die vom Kompenſanten aufgerechnete Gegenforderung anſtatt gegen die Forderung des Aufrechnungsgegners, welche der Kompenſant beſtimmte, als gegen eine andere Forderung des Gegners aufgerechnet gilt. Der Widerſprechende bewirkt durch ſeinen Widerſpruch die anderweite Anrechnung, der Widerſprechende rechnet aber nicht auf. Natürlich! Aufrechnen kann man nur ſeine eigenen Forderungen, nicht die eines anderen.

2. Der Widerſpruch ſchafft kein neues Kompenſationsverhältniß, ſondern greift nur modifizirend in das alte durch die Aufrechnungserklärung geſchaffene Kompenſationsverhältniß ein. Die Aufrechnungserklärung hatte in conpensationem gebracht: a) die aufgerechneten Gegenforderungen, b) ſämmtliche Forderungen des Aufrechnungs-

[7]) Repliken bezw. Replikationen, welche ſich nicht gegen die Aufrechnung, ſondern gegen die aufgerechnete Gegenforderung richten, ſind z. B. die Behauptung eines pactum de non petendo, der Einwand der Rechtskraft, der Rechtswohlthat des Inventars u. a.; vergl. Daubenſpeck, Referat, Votum und Urtheil, 5. Aufl. S. 25 Note 2; ferner der Einwand der Verjährung (§ 390 B. G. B.). Die Repliken überhaupt aus § 390 B. G. B. ſind keinesfalls compensationes compensationis, eigentlich auch keine replicae compensationis, vielmehr replicae nominis compensandi; die replicae nominis compensandi intereſſiren uns hier freilich nur, ſoweit ſie replicae compensationis ſind; vergl. unten bei Anm. 47. Da es alſo auch „replicationes compensationis“ giebt, welche keine „compensationes compensationis“ ſind, iſt auch der von Dernburg a. a. O., Kompenſation, S. 550, 551 Note 3 a. E. für „compensatio compensationis“ gebrauchte Ausdruck „replicatio compensationis“, ganz abgeſehen von ſeinem prozeſſualen Beigeſchmack, nicht charakteriſtiſch.

Digitized by Google

gegners, eventuell nach Maßgabe der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge. Nur diese Forderungen kann der Widerspruch berühren; er kann aber nicht andere Gegenforderungen des Kompensanten, welche derselbe nicht aufrechnete, die also nicht schon in compensatione waren, hinein bringen.[8]) Auch seine eigenen Forderungen kann der Aufrechnungsgegner durch den Widerspruch nur in einer bestimmten Anrechnungsreihenfolge geltend machen, er kann nicht, wie ein Kompensant, dem mehrere Forderungen zustehen, eine beliebige derselben wählen.[9])

Die compensatio compensationis und der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung sind also materiell verschieden. Formell stimmen sie insofern mit einander überein, als auch der Widerspruch ein einseitiges, empfangsbedürftiges außergerichtliches Rechtsgeschäft ist, und zwar aus dem gleichen Grunde, wie die compensatio compensationis, nämlich, weil die Aufrechnungserklärung selbst ein solches ist, zumal nach B. G. B.

Es bleibt nun auch natürlich nach B. G. B. möglich, daß die Aufrechnung nicht schon außergerichtlich — z. B. unter Benutzung der im § 132 B. G. B. gewährten Vermittelung des Gerichtsvollziehers zur Zustellung —, sondern erst im Prozesse zugleich erklärt und als Einrede geltend gemacht wird. Wenn das aber geschieht, so ist das so anzusehen, als ob die Klagebeantwortung, welche die Aufrechnung erklärt und zugleich als Einrede geltend macht, gleichzeitig ein materielles Rechtsgeschäft und eine Prozeßhandlung sei. Der Widerspruch wird aber dadurch, daß die compensatio im Prozesse erklärt ward, in keiner Weise zu einer Prozeßhandlung. Derselbe ist nach § 151 I 16 A. L. R. in der dort bestimmten Frist, nach § 396 B. G. B. „unverzüglich", d. h. „ohne schuldhaftes Zögern" (§ 121 Abs. 1 Satz 1 B. G. B.) zu erklären. Es ist also nicht zulässig, daß der Aufrechnungsgegner mit Erhebung des Widerspruchs bis zum nächsten Termin oder auch bis zum nächsten

[8]) Vergl. Planck, Kommentar zum B. G. B. Note 3 zu § 396. Nach der oben von der „compensatio compensationis" gegebenen Definition begreift dieselbe begrifflich auch den Fall der Aufrechnung der Forderung, gegen welche der Kompensant eine seiner Gegenforderungen aufrechnete, gegen eine andere Gegenforderung. In der Praxis wird allerdings meist nur die erste Eventualität dieses Begriffs erwähnt, d. i. die Aufrechnung einer zweiten dem Aufrechnungsgegner zustehenden Forderung gegen die Gegenforderung, welche der Kompensant gegen eine andere Forderung des Aufrechnungsgegners aufgerechnet hatte.

[9]) Vergl. unten bei Anm. 107, 222, 232.

Digitized by Google

von ihm zugestellten vorbereitenden Schriftsatz wartet. Ein Nachweis der Zustellung des Widerspruchs kann zu den Prozeßakten gegeben werden: erforderlich ist dies aber nicht. Der Widerspruch muß dem Kompensanten direkt zugestellt werden; eine Zustellung an den Prozeßvertreter desselben erscheint mit Rücksicht darauf, daß der Widerspruch, ebenso wenig wie die Aufrechnungserklärung, eine Prozeßhandlung ist, unzulässig.[10])

Als Rechtsgeschäft ist die Erklärung des Widerspruchs conditio juris für die Vollziehung der Aufrechnung nach Maßgabe der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge[11]), wie die Aufrechnungserklärung conditio juris für die Vollziehung der Aufrechnung ist.[12]) Die Aufrechnungserklärung vollzieht stets die Aufrechnung und die Anrechnung, letztere entweder — und das ist das Gewöhnliche — nach Maßgabe der der Aufrechnungserklärung beigefügten Anrechnungsbestimmung, oder, wenn eine solche fehlt,[13]) nach Maßgabe der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge. Der Widerspruch vollzieht nur eine Anrechnung, diese aber nie nach freiem Belieben, sondern nach Maßgabe der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge. Der Widerspruch ist daher eine freie Anrechnungsbestimmung gerade so wenig, wie er eine Aufrechnungserklärung ist. Jedermann hat gegebenen Falles ein Recht auf Aufrechnung: dies verwirklicht er durch Erklärung der Aufrechnung, und

[10]) Vergl. unten Anm. 153. Kohler, Ztschr. f. Civ.Proz. Bd. XXIV (1898) S. 18 ff. erklärt die im Prozesse vorgebrachte Aufrechnung für einen Prozeßrechtsakt, der „relativ in Abhängigkeit vom Prozeßrechtsverhältnisse" erfolge; so S. 24 a. a. O. Diese Ansicht ist bedenklich; sie führt u. a. zu der von Kohler a. a. O. S. 27 auch gezogenen Konsequenz, daß man zwischen einer im Prozeß und während des Prozesses erklärten Aufrechnung unterscheiden müßte, und daß das vom § 529 Abs. 3 (früher 491 Abs. 2) C.P.O. ausgesprochene Verbot des Vorbringens neuer Gegenforderungen in der Berufungsinstanz leicht durch die Anführung umgangen werden könnte, die vorgebrachte Aufrechnung sei als während des Prozesses erfolgt zu betrachten, unterstehe also der Beschränkung der C.P.O. nicht. — Mit dem Text übereinstimmend Stölzel a. a. O. S. 152 ff.

[11]) Eine Ausnahme vergl. unten bei Anm. 77; dort vollzieht der Widerspruch die Anrechnung unter Umständen nach Maßgabe eines pactum de nominibus compensandis.

[12]) So zutreffend Kohler a. a. O. Ztschr. f. Civ.Proz. Bd. XX S. 2 (vergl. oben Anm. 1).

[13]) Vergl. unten Anm. 220.

Digitized by Google

zwar mit rückwirkender Kraft (§ 389 B.G.B.); jedermann hat aber gegebenen Falles auch ein Recht auf Aufrechnung in der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge: dies verwirklicht er, falls der Kompensant es verletzt, durch Widerspruch, und zwar ebenfalls mit rückwirkender Kraft. Der Widerspruch ist also eine für eine bestimmte Art der Anrechnung unter Umständen nothwendige Erklärung: er richtet sich begrifflich garnicht gegen die Aufrechnungserklärung des Kompensanten, sondern gegen dessen Anrechnungsbestimmung. Dies erhellt schon daraus, daß kein Raum für ihn ist, wenn der Aufrechnungserklärung keine Anrechnungsbestimmung angehängt ist. Der Widerspruch ist denkbar bei der Real- wie Idealzahlung (Aufrechnung)[14]) und kommt im preußischen Recht thatsächlich auch hier wie dort vor (§§ 150—159, 375 I 16 A.L.R.); daß er im B.G.B. nur bei der Idealzahlung (Aufrechnung) vorkommt (§§ 366 Abs. 2, 396 Abs. 1 Satz 2), liegt nicht in seinem Wesen.

Nach der Feststellung der Grundbegriffe können wir folgende Sätze aufstellen:

I. Im gemeinen, preußischen und Recht des B.G.B. gilt der Satz: „Compensatio compensationis non datur" absolut und ohne Ausnahme. Die Ausnahmen, die man davon gemacht hat:

1. Für das gemeine und preußische Recht:

a) bei Uebergehung eines konnexen Gegenanspruchs (§ 2),

b) bei Vorliegen eines entgegenstehenden Aufrechnungsgeschäfts (§ 3) sind keine compensationes compensationis,[15]) sondern prozessuale replicae compensationis;

2. Die noch besonders für das preußische Recht bei Vorliegen der §§ 150—159 I 16 A.L.R. aufgestellte Ausnahme (§ 5) ist keine compensatio compensationis, sondern die Erhebung eines Widerspruchs gegen die Aufrechnungserklärung.

---

[14]) Stölzel a. a. O., Eventualaufrechnung, S. 2ff., 97, 141, 146ff. nennt die Aufrechnung zutreffend „Idealzahlung".

[15]) Ein Ausnahmefall ist unten bei Anm. 78 ausdrücklich festgestellt: die Zurückschlagung einer ein pactum de nominibus compensandis verletzenden Aufrechnungserklärung kann unter Umständen sofort durch eine in Gemäßheit des pactum abgegebene Gegenaufrechnungserklärung erfolgen; vergl. indessen Anm. 93.

Digitized by Google

II. Einen Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung giebt es im gemeinen Recht nicht, wohl aber im preußischen Recht und B.G.B. (§§ 4—7).[16])

§ 2.

1. Das Vorbringen eines konnexen Gegenanspruchs gegen die aufgerechnete Forderung ist keine compensatio compensationis.

„Die Regel: compensatio compensationis non datur", bemerkt Stölzel[17]), „bereitet noch heute die größten Schwierigkeiten". „Von allen Fragen der Kompensationslehre taucht . . . in den Spruchsammlungen der höchsten Gerichte keine so häufig auf, als die nach der Zulässigkeit der sogenannten replica compensationis", heißt es in einem kürzlich erschienenen Buch über die Aufrechnung[18]). Der Grund dieser Schwierigkeiten liegt in dem ganz außergewöhnlichen Maß von Abstraktion und Differenzirung, das die Lehre von der compensatio compensationis voraussetzt. Die geringste Nachlässigkeit wird hier sofort Ursache zu den verhängnißvollsten Verwechselungen zwischen der compensatio compensationis und dem Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung, zwischen den Rechtsgeschäften der compensatio compensationis bezw. des Widerspruchs und ihrer Geltendmachung im Prozeß, zwischen der Geltendmachung dieser Rechtsgeschäfte, insbesondere des Widerspruchs, im Prozeß und dem sonstigen Berufen auf eine Gegenforderung gegen die Kompensationseinrede im Prozeß, schließlich zwischen dem Berufen auf eine Gegenforderung gegen die Kompensationseinrede und der Geltendmachung sonstiger replicae (replicationes) compensationis im Prozeß. Alle diese Unterschiede sind bereits im § 1 festgestellt worden. Die vorliegende Arbeit soll versuchen, die im § 1 aufgestellten Grundsätze zu erhärten, und zwar soll im § 2 dargethan werden, daß die Rüge der Uebergehung eines konnexen Gegenanspruchs keine compensatio compensationis ist.

Vorweg sei bemerkt, daß es offenbar richtig ist und von Niemand bestritten werden wird, daß nicht jedes Berufen auf das Vorliegen

[16]) Ein Ausnahmefall, wo der Widerspruch auch im gemeinen Recht zulässig ist, ist höchstens der in der vorigen Anmerkung erwähnte Fall; vergl. bei Anm. 78. Vergl. indessen Anm. 93.

[17]) a. a. O. S. 7.

[18]) Franz Leonhard a. a. O. S. 3.

Digitized by Google

einer dritten Forderung gegenüber der aufgerechneten Gegenforderung eine compensatio compensationis darstellt, sondern nur dasjenige, welches eine Aufrechnung dieser dritten Forderung gegen die aufgerechnete Gegenforderung bezweckt.

Wir legen nun folgenden Fall zu Grunde: Die Zimmervermietherin Frau Schulze hat gegen ihren Chambregarnisten Schmidt zwei Forderungen: eine wegen gemachter Auslagen, welche vom 1. September datirt, und eine zweite wegen fälligen Miethszinses, welche vom 1. Oktober datirt. Schmidt hat gegen Frau Schulze eine Gegenforderung, und zwar wegen auf die Miethssache wegen nothwendig gewordener Reparaturen gemachter Verwendungen; diese Forderung datirt vom 15. September.

Es leuchtet sofort ein, daß von diesen drei einander aufrechenbar gegenüber stehenden Forderungen zwei auf demselben rechtlichen Verhältniß (§ 273 Abs. 1 B.G.B.) beruhen, d. h. konnex sind, nämlich: Frau Schulze's Forderung wegen Miethszinses und Schmidt's Gegenforderung wegen gemachter Verwendungen. Theorie und Praxis im Gebiete des gemeinen und preußischen Rechts erklären nun mit Einstimmigkeit,[19]) daß der Aufrechnungsgegner mit einer compensatio compensationis durchdringt, wenn der Kompensant unzusammenhängende Forderungen von zusammenhängenden (konnexen) aufrechnet.

Wir wollen nun an der Hand des obigen Beispiels untersuchen, inwieweit der Aufrechnungsgegner dem Aufrechnenden gegenüber, wenn dieser nichtkonnexe Forderungen vor konnexen aufrechnet, mit einer compensatio compensationis durchdringt.

Es sind vier Fälle möglich:

I. Schmidt, der mehrfache Schuldner, rechnet Frau Schulze gegenüber seine Forderung wegen auf die Miethssache gemachter Verwendungen auf, und zwar:

1. gegen ihre Forderung wegen gehabter Auslagen:

---

[19]) l. 2 § 3 D. de oblig. et act. 44, 7, Seuffert's Archiv Bd. XXII Nr. 33; R.G.Entsch. in Civ.S. Bd. VII S. 243ff; R.O.H.G. Bd. III S. 367 und die dort zitirten Entscheidungen; Bd. XIX S. 77; Eisele a. a. O. S. 367; Dernburg a. a. O. Pandekten Bd. II § 64; preuß. Ob.Trib. Bd. XX S. 190; Gruchot Bd. I S. 389; Rehbein und Reincke a. a. O. Note 142 zu § 301 I 16 A.L.R.

Digitized by Google

a) Nach gemeinem und preußischem Recht kann Frau Schulze, falls Schmidt diese Aufrechnung später im Prozesse geltend macht, entgegnen, daß Schmidt's Aufrechnungserklärung ihren mit seiner aufgerechneten Gegenforderung in rechtlichem Zusammenhange stehenden Anspruch wegen Miethszinses übergangen habe. Diese Entgegnung nennt die gemeine und preußische Theorie „compensatio compensationis zwecks Geltendmachung des Vorranges der Aufrechenbarkeit von konnexen Forderungen vor nichtkonnexen". Die Folge ist jedenfalls, daß nicht, wie Schmidt wollte, seine Gegenforderung gegen Frau Schulze's Forderung wegen gehabter Auslagen, sondern gegen Frau Schulze's Miethszinsforderung aufgerechnet wird. Die Gesetzesbestimmung, worauf die Verpflichtung Schmidt's, seine Gegenforderung wegen auf die Miethssache gemachter Verwendungen nur auf eine bestimmte Forderung der Gegnerin anzurechnen, sich für das preußische Recht leicht gründen ließe, ist der § 375 I 16 A. L.R., welcher, wie wir unten[20]) sehen werden, für den Fall, daß dem Kompensanten **mehrere** Forderungen gegenüberstehen, auf die Grundsätze über die Anrechnung von Zahlungen verweist, aber ausdrücklich eine Einschränkung für Fälle macht, in denen die „Kompensation der Gegenforderung gegen mehr als eine der Forderungen" unzulässig ist.[21]) Ein solcher Fall ist nun nach der herrschenden Ansicht das Gegenüberstehen eines konnexen Anspruchs.

b) Im B. G.B. ist von einer compensatio compensationis zwecks Geltendmachung des Vorranges der Aufrechenbarkeit von konnexen Forderungen vor nichtkonnexen nirgends die Rede. Dennoch greift auch nach B. G.B. Schmidt's Aufrechnungserklärung, welche einen konnexen Gegenanspruch Frau Schulze's übergeht, **nicht** durch, und zwar nach § 390: „Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden." Es steht nämlich Schmidt's aufgerechneter Forderung die Einrede des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 Abs. 1 (in anderen Fällen die Einrede aus § 320 B. G.B.) entgegen.[22]) Diese Einrede der Frau Schulze wird im Prozesse er-

[20]) Vergl. unten bei Anm. 116.

[21]) So **Deichmann** a. a. O. S. 280, 282, allerdings für einen anderen Fall; vergl. unten Anm. 99.

[22]) Vorweg wird hier ein für allemal bemerkt, daß das Beispiel so gewählt ist, daß der § 556 Abs. 2 B. G.B.: „Dem Miether eines Grundstücks steht

Digitized by Google

hoben. Würde Schmidt Frau Schulze außerhalb des Prozesses seine § 390 B. G.B. verletzende Aufrechnungserklärung zugehen lassen, so würde sie darauf nicht zu reagiren brauchen, ohne deshalb eine Nichtbeachtung ihrer Einrede (Widerrede) im Prozesse fürchten zu müssen. Die Geltendmachung jener Einrede im Prozesse hat aber eine der sog. compensatio compensationis wegen Uebergehung eines konnexen Gegenanspruchs im gemeinen und preußischen Recht analoge Wirkung. Ob sie, ob überhaupt jene Widerrede auch nach bisherigem Recht eine compensatio compensationis ist, wird weiter unten[23]) erörtert werden.

wegen seiner Ansprüche gegen den Vermiether ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu" nicht in Frage kommt. Wie sich aus dem Zusammenhange im § 556 ergiebt, wird dem Miether hier nur sein Zurückbehaltungsrecht an der Sache, das sich auf § 273 Abs. 2 B. G.B. gründet, entzogen; sein Zurückbehaltungsrecht am Miethszins, das sich auf § 273 Abs. 1 B. G.B. gründet, wird durch den § 556 Abs. 2 nicht berührt. A. A. anscheinend Achilles, das B. G.B. 1896, Note 1 zu § 273. Indessen bedeutet der Abs. 2 des § 556 B. G.B. offenbar nur eine Aufrechterhaltung des bisherigen Rechtszustandes. Darnach hat gemäß § 396 I 21 A. L.R. der Pächter ein Retentionsrecht und im Konkurse gemäß § 41 Nr. 3 K.O. ein Faustpfandrecht an dem in seinem Gewahrsam befindlichen Inventar wegen Forderungen auf dasselbe. Der Miether hat dagegen gemäß § 397 I 21 A. L.R. nur ein Retentionsrecht auf den Zins des letzten Termins, ein Recht, welches Rehbein und Reincke a. a. O. Note 132 zu § 397 I 21 A. L.R. nicht mit Unrecht ein reines Kompensationsrecht nennen. Näheres darüber unten hinter Anmerkung 30 ff. Im Konkurse kann der Miether nach § 41 Nr. 7 K.O. höchstens wegen versio in rem retiniren. Dieser Rechtszustand ist im wesentlichen aufrechterhalten: das Pfandrecht des Pächters durch § 590 B. G.B. in Verbindung mit dem § 49 Nr. 2 K.O. in der Fassung vom 20. Mai 1898; und durch § 49 Nr. 3 neue K.O. ein Zurückbehaltungsrecht im Konkurse wegen versio in rem. Letzteres wird man auch dem Miether zu Gute kommen lassen müssen; denn wenn man § 41 Nr. 7 K.O. trotz § 397 I 21 A. L.R. auf den Miether angewandt hat, ist nicht abzusehen, warum man § 49 Nr. 3 neue K.O. nicht auch trotz § 556 Abs. 2 B. G.B. auf den Miether mitbeziehen sollte. Wie dem aber auch sei, wenn man § 556 Abs. 2 B. G.B. trotz seiner Stellung die m. E. entscheidend ist und trotz seines geschichtlichen Ursprungs aus § 397 I 21 A. L.R. auch auf den Miethszins beziehen wollte, so würde man, da das Zurückbehaltungsrecht bei Geldforderungen dem Aufrechnungsrechte analog wirkt, gemäß § 554 Abs. 2 B. G.B. aber jedenfalls die Aufrechnung gegen die Miethszinsforderung zulässig ist, zu dem sinnwidrigen Ergebniß kommen, daß der Miether wegen konnexer Gegenforderung den Miethszins nicht zurückbehalten, wohl aber eine nichtkonnexe Gegenforderung gegen seine Miethszinsschuld aufrechnen darf. Das kann das Gesetz unmöglich gewollt haben.

[23]) Vergl. unten bei Anm. 37.

Digitized by Google

2. Schmidt erklärt, seine Gegenforderung wegen gemachter Verwendungen gegen die Miethszinsforderung der Frau Schulze aufzurechnen. Diese Aufrechnungserklärung rechnet zwei konnexe Forderungen gegen einander auf, greift also ceteris paribus[24]) nach gemeinem und preußischem Recht durch; sie greift auch, wenn sonst kein Grund entgegen steht, nach B. G. B. durch; denn die aufgerechnete Gegenforderung Schmidt's wird natürlich von der ihr anhaftenden Einrede des Zurückbehaltungsrechts in dem Augenblick frei, da sie den mit ihr im rechtlichen Zusammenhange stehenden Gegenanspruch der Frau Schulze durch Aufrechnung tilgt.

II. Der zweite mögliche Fall ist der, daß Frau Schulze, die mehrfache Gläubigerin, gegenüber Schmidt erklärt, gegen seine Forderung wegen auf die Miethssache gemachter Verwendungen aufrechnen zu wollen:

1. ihre Gegenforderung wegen Miethszinses. Diese Aufrechnungserklärung der Frau Schulze beachtet gerade so wie die Schmidt's im Fall I. 2 den angeblichen Vorrang der Aufrechenbarkeit von konneren Forderungen vor nichtkonneren, sowie den § 390 B. G. B., greift also nach geltendem wie nach künftigem Recht, soweit nur jenes Moment in Frage kommt, durch.

2. Die letzte Eventualität schließlich ist, daß Frau Schulze gegen Schmidt's Forderung wegen der auf die Miethssache gemachten Verwendungen ihre zweite Gegenforderung wegen gehabter Auslagen aufrechnet. Haben die gemein- und preußisch-rechtlichen Theorien Recht, wenn sie allgemein behaupten, daß der Aufrechnungsgegner mit einer compensatio compensationis durchdringe, wenn der Kompensant konnexe Forderungen vor nichtkonneren aufrechne,[25]) dann kann Schmidt wie in dem Fall I. 1 fordern, daß seine Forderung wegen auf die Miethssache gemachter Verwendungen gegen die mit ihr im rechtlichen Zusammenhang stehende Gegenforderung der Frau Schulze wegen Miethszinses aufgerechnet werde. Wir hätten dann einen Fall der zweiten Eventualität der compensatio compensationis, nämlich die Aufrechnung einer Forderung, gegen welche eine Gegenforderung auf

[24]) Es versteht sich von selbst, daß in diesem Paragraph die Aufrechnungserklärungen nur daraufhin geprüft werden, ob sie jenen angeblichen Grundsatz über die Konnexität bezw. den § 390 B. G. B. verletzen.

[25]) Vergl. oben Anm. 19.

Digitized by Google

gerechnet wurde, gegen eine andere Gegenforderung. Das B. G.B., welches ja eine solche compensatio compensationis jedenfalls nicht kennt, verweist uns wieder auf den § 390, welcher im Fall I. 1 bekanntlich zu dem gleichen Ergebniß geführt hatte, wie die gemein- und preußisch-rechtliche Theorie. Indessen § 390 B. G.B. versagt hier. Er bestimmt zwar, daß eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, selbst nicht aufgerechnet werden könne; er bestimmt aber nicht, daß auch gegen eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden könne.[26]) Letzteres thut aber Frau Schulze: Es steht allerdings der Forderung, gegen welche sie aufrechnet, eine Einrede entgegen [Schmidt's Forderung wegen auf die Miethssache gemachter Verwendungen, welcher die Einrede aus § 273 Abs. 1 B. G.B. entgegensteht]; es steht aber keineswegs der Gegenforderung, welche sie aufrechnet, eine Einrede entgegen [Frau Schulze's Gegenforderung wegen gehabter Auslagen]. Danach gewinnt es den Anschein, als ob § 390 B. G.B. doch nicht die compensatio compensationis des gemeinen und preußischen Rechts in ihrer Funktion als Geltendmachung des Vorranges der Aufrechenbarkeit konnerer Forderungen vor nichtkonneren vollständig zu ersetzen im Stande sei. Prüft man, hierdurch stutzig gemacht, ob denn die oben[27]) für das preußische Recht gesuchte Stütze der sog. compensatio compensationis zwecks Rüge der Uebergehung eines konneren Gegenanspruchs, d. i. der § 375 I 16 A. L.R., in der letzten Eventualität Stand halte, so findet man, daß sie gleichfalls versagt. Der § 375 I 16 A. L.R. hat, wie wir unten[28]) sehen werden, zur Voraussetzung, daß der Kompensant mit mehreren Forderungen verhaftet ist;[29]) bei unserer letzten Eventualität ist aber nicht der Kompensant (Frau Schulze), sondern der Aufrechnungsgegner (Schmidt) mit mehreren Forderungen verhaftet.

Eine Klarstellung dieses Falles führt uns nun endlich darauf, wo hinaus die ganze Exemplifikation hinstrebte, nämlich auf die Erörterung der rechtlichen Natur der compensatio compensationis in ihrer angeblichen Funktion als Bahn

[26]) So auch Planck a. a. O. Note 3 zu § 390.
[27]) Vergl. oben bei Anm. 20.
[28]) Vergl. unten bei Anm. 117.
[29]) So auch Teichmann a. a. O. S. 282.

Digitized by Google

brecherin der Aufrechenbarkeit konnexer Forderungen vor nichtkonnexen.

Hart am Abgrunde entlang hat uns unser Weg bei der Entscheidung der durch die verschiedenen Permutationen unseres Beispiels gebotenen Rechtsfälle geführt. Wir waren jeden Augenblick in Gefahr, den intrikaten, höchst gefährlichen Unterschied zwischen Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht zu verwischen. Daß die beiden Rechte ihrer Natur nach verschieden sind, ist allbekannt. Bei der Aufrechnung werden die beiden einander gegenüberstehenden Forderungen bezahlt, das Zurückbehaltungsrecht dient nur zur Sicherung. Die Aufrechnung setzt Gleichartigkeit den gegenüberstehenden Forderungen voraus, das Zurückbehaltungsrecht wird in seinem häufigsten Falle (§ 273 Abs. 2 B.G.B.) bei ungleichartigen Ansprüchen wirksam. Dieser häufigste Fall, das Recht der Zurückbehaltung an einer individuell bestimmten körperlichen Sache (species), ist im preußischen Recht der Grundfall. Das Zurückbehaltungsrecht ist ein dingliches Recht und kann grundsätzlich nur an einer fremden Sache ausgeübt werden. Allein schon im preußischen Recht ist dies Prinzip durch § 542 I 20 A.L.R., welcher auch dem Inhaber einer Kapitalssumme ein Zurückbehaltungsrecht unter Umständen gewährt, durchlöchert. Die Praxis räumt ein, daß sonach auch an eigenen, nur generisch bestimmten Sachen ein Zurückbehaltungsrecht bestehen könne, vorausgesetzt, daß der Schuldner die Verpflichtung habe, diese Sachen „herauszugeben".[30]) In anderen Fällen, z. B. § 222 I 11 (Kauf) und § 397 I 21 (Miethe)[31]) braucht das Landrecht das Wort „Zurückbehaltungsrecht" ungenau an Stelle der natürlich auch im preußischen Recht anerkannten Einrede des nicht erfüllten Vertrages.[32])

Eccius[33]) meint in Beziehung auf das preußische Recht an dem Prinzip festhalten zu müssen, daß das Zurückbehaltungsrecht nur an

[30]) § 83 I 13 A.L.R., Ob.Trib.Entsch. Bd. LXX S. 184, R.G.Entsch. in Civ.S. Bd. XXI S. 287 ff.

[31]) Der Fall ist der unserige; vergl. oben Anmerkung 22, wo bemerkt ist, daß das Zurückbehaltungsrecht des Miethers in seiner Wirkung auf ein Aufrechnungsrecht herauskommt; vergl. Rehbein und Reincke a. a. O. Note 132 zu § 397 I 21.

[32]) So auch Förster-Eccius a. a. O. Bd. I S. 751, § 110; R.O.H.G. Entsch. Bd. XXI S. 34, 35.

[33]) a. a. O. Bd. I S. 752, 753.

Digitized by Google

körperlichen Sachen im eigentlichen Sinn möglich sei, weil, wer die Retention auch bei Schuldverpflichtungen zulassen wolle, die Scheidung der Retention und Kompensation verlieren würde. Und doch läßt das gemeine Recht das Zurückbehaltungsrecht ganz allgemein auch bei geschuldeten Leistungen zu: das Rechtsmittel, mit welchem es geltend gemacht wird, ist die exceptio doli.[34]) Dem gemeinen Recht hat sich schließlich auch das B.G.B. angeschlossen;[35]) es gewährt das Zurückbehaltungsrecht in dreierlei Form:

1. im § 273 Abs. 2 als Recht der Zurückbehaltung eines Gegenstandes wegen Verwendungen oder Schaden;

2. im § 273 Abs. 1 als Recht der Zurückbehaltung der geschuldeten Leistung bei konnexem Gegenanspruch;

3. im § 320 als Recht der Zurückbehaltung der geschuldeten Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag bis zur Bewirkung der Gegenleistung (Einrede des nicht erfüllten Vertrages).

Das Zurückbehaltungsrecht in allen Rechten hat aber, abgesehen von jenem anderen Unterschied, insbesondere noch einen, der es von der Aufrechnung trennt: Das Zurückbehaltungsrecht kann nur im Falle der Konnexität der beiden einander gegenüberstehenden Forderungen ausgeübt werden, die Aufrechnung findet in gleicher Weise bei konnexen wie nichtkonnexen Forderungen statt.[36])

Wenn man sich aber dieses Moment vor Augen hält, so fragt man sich unwillkürlich: Mit welchem Recht haben konnexe Forderungen vor nichtkonnexen bei der Aufrechnung den Vorrang? Die Antwort lautet: Nicht aus einem in der rechtlichen Natur der Aufrechnung liegenden Moment; die Geltend

[34]) Dernburg, Pandekten Bd. I § 138; derf. Kompensation, S. 370; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. I S. 962, 963; Windscheid, Pandekten Bd. II § 351; R.O.H.G. Entsch. Bd. XVII S. 353; Urteil des III. Civil-Senats des R.G. vom 15. April 1887, Rep. III 344/86; R.G.Entsch. in Civ.S. Bd. XXI S. 287 ff.

[35]) Motive Bd. II S. 40 ff., S. 202; Protokolle der II. Kommission Bd. I S. 310 ff.

[36]) Dernburg a. a. O. Pandekten Bd. I § 138; Förster-Eccius a. a. O. Bd. I S. 753; insbesondere aber O.A.G. München, Urteil vom 9. Februar 1872 in der Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofs für Bayern in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses Bd. II S. 26.

Digitized by Google

machung der replica compensationis zwecks Geltendmachung des Vorranges der Aufrechenbarkeit von konnexen Forderungen stützt sich weder auf einen für die Aufrechnung maßgebenden Grundsatz, noch bezweckt sie eine Aufrechnung; sie ist überhaupt gar keine compensatio compensationis, sondern die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts oder der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.[37])

Daß die Wirkungen dieser Replik einer wirklichen Aufrechnung meist nahe kommen, so z. B. gerade in unserem Fall, kann an der rechtlichen Verschiedenheit beider Institute nichts ändern. Die Wirkungen beider Institute werden dann immer gleiche sein, wenn die beiden einander gegenüberstehenden Forderungen gleichartige sind. In solchem Fall verlangt kein Theil Erfüllung der Leistungen Zug um Zug, weil er, wie beim Differenzgeschäft, kein Interesse daran hat; sondern beide Theile zahlen einander, indem sie gegen einander aufrechnen, d. h. die durch das ausgeübte Zurückbehaltungsrecht gewährte Sicherung konsolidirt sich durch sich selbst in eine gleichzeitig durch Aufrechnung erfolgende Leistung.[38])

[37]) Die Rüge der Uebergehung eines konnexen Gegenanspruchs ist nicht der einzige Fall, wo man versucht hat, die Konnexität wenn auch nicht als essentielles, so doch als einen Vorrang gewährendes Moment in die Kompensationslehre hineinzutragen. Sonst ist dies allerdings nur im Prozeß der Fall gewesen. Schon die §§ 1 und 9 Theil I Titel 19 A. G.O. ließen ausnahmsweise die Geltendmachung einer Gegenforderung durch Widerklage in demselben Prozesse zu, wenn dieselbe mit der Klageforderung in rechtlichem Zusammenhange stand. Auf demselben Gedanken fußt die Ausschließung der gerichtlichen Prozeßtrennungsbefugniß in den §§ 136, 274 C.P.O. (145, 302 neuer Fassung) bei rechtlichem Zusammenhange der beiden Forderungen. Die preußische Praxis (Ob.Trib. Bd. XLVI S. 112; Striethorst's Archiv Bd. XLV S. 13, Bd. LII S. 168) ließ bereits trotz der Vorschriften der §§ 359, 360 I 16 A.L.R. die Aufrechnung mit illiquiden Forderungen im Prozeß schlechthin zu, wenn sie mit der Gegenforderung in rechtlichem Zusammenhange standen. M. E. ist die Konnexität sowohl als essentielles, wie auch als einen Vorrang begründendes Moment der Aufrechnung fremd. Wenn man die Geltendmachung einer konnexen Gegenforderung prozessual oder materiell-rechtlich anders behandelt als die einer anderen, so liegt das eben darin, daß es sich in solchen Fällen gar nicht um eine eigentliche Aufrechnung handelt.

[38]) Vergl. S. Stryk, Usus mod. Pand. lib. XVI tit. 2 § 15; v. Kreittmayr, Anmerk. über d. Cod. Max. Bav. civ. Th. IV, tit. 15 § 2 Nr. 1; Deruburg a. a. O. Kompensation S. 365, § 43; Gruchot a. a. O. Bd. XIV S. 324, 325.

Digitized by Google

In ihren Bedingungen und Voraussetzungen bleiben aber die beiden Institute nichtsdestoweniger verschieden. So wird z. B. eine replica compensationis, welche sich auf Konnexität des replicando geltend gemachten Gegenanspruchs mit der aufgerechneten Forderung stützt, durchgreifen, obgleich dieser Gegenanspruch mit der aufgerechneten Forderung nicht gleichartig ist. Natürlich gelten in einem solchen Falle die beiden einander gegenüberstehenden konnexen Gegenansprüche auch nicht als getilgt, die Retention konsolidirt sich hier nicht zur Aufrechnung, und beide Gegenansprüche bleiben unberührt bestehen. Als Beispiel für einen solchen Fall kann man die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts durch replica doli in dem Falle bezeichnen, wenn der aufrechnende Pfandgläubiger die Herausgabe der Pfandsache verweigert.[39]) Im gemeinen Recht und nach B. G. B. wird, da das Zurückbehaltungsrecht ein weiteres ist als nach preußischem Recht, auch die replica compensationis in ihrer angedeuteten Funktion eine weitere Verwendung haben als im preußischen Recht.

Nunmehr wird es auch klar, warum die im gemeinen und preußischen Recht viel erörterte und als Ausnahmefall zugelassene Eventualität der replica compensationis im § 375 I 16 A. L. R. und § 390 B. G. B., und zwar vollkommen enthalten ist. Der Satz, daß konnexe Forderungen vor nichtkonnexen aufzurechnen seien, ist nach gemeinem und preußischem Recht in dieser Allgemeinheit ebenso unrichtig wie nach B. G. B. Er muß zunächst dahin eingeschränkt werden, daß nur der Aufrechnungsgegner, der mehrfacher Gläubiger ist, die Aufrechnung einer Gegenforderung, welcher ein konnexer Gegenanspruch auf seiner Seite noch entgegensteht, rügen kann. Weiter ist zu sagen: Diese Rüge ist keine compensatio compensationis, sondern die Einrede des Zurückbehaltungsrechts oder des nicht erfüllten Vertrages. Wäre sie eine compensatio compensationis, so würde ihrem Durchgreifen jeder Rechtsgrund fehlen: denn weder sagt das B. G. B. irgendwo, daß konnexe Forderungen vor nichtkonnexen aufzurechnen seien, noch ist der Zustand der Aufrechenbarkeit mit einer, sei es auch konnexen Gegenforderung eine Einrede im Sinne des § 390

[39]) Kohler a. a. O. Bd. XX S. 23; R. G. Urtheil vom 7. April 1883; Seuffert's Archiv Bd. XXXVIII Nr. 308.

Digitized by Google

B. G.B.[40]) Wohl aber ist eine Einrede die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 Abs. 1 B. G.B.) und die des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 B. G.B.), und die Rüge greift auch thatsächlich dann nicht durch, wenn sie nicht eine jener Einreden ist. Erinnern wir uns an Fall II, 2. Hier, wo Frau Schulze gegen die Forderung Schmidt's wegen Wiedererstattung von Verwendungen auf die Miethssache ihre liquide Forderung auf Wiedererstattung gehabter Auslagen aufrechnet, kann auch nach gemeinem und preußischem Recht Schmidt nicht verlangen, daß auf seine Forderung zunächst die konnexe Gegenforderung der Frau Schulze aufzurechnen sei. Der aufgerechneten Forderung Frau Schulze's steht eben keine Einrede entgegen; daß Schmidt's Forderung eine Einrede entgegensteht, ist gleichgültig. Daß der Sinn der replica compensationis bei der Geltendmachung des Vorrechts von konnexen Forderungen der hier unterstellte ist, fühlt man bei den allerdings spärlichen Erörterungen dieser Fragen im gemeinen und preußischen Recht ebenfalls durch. Danach ist der Grundgedanke, welcher die replica compensationis für diesen Fall schuf, der, welcher in l. 2 § 3 D. de obligationibus et actionibus 44, 7 mit den Worten ausgedrückt ist: „Item in his contractibus (Kauf, Miethe, Gesellschaft, Auftrag) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet", d. h. m. a. W. der Aufrechnende solle nur soviel zur Aufrechnung stellen, als nach Abzug einer aus demselben Rechtsverhältniß entspringenden Gegenforderung des Aufrechnungsgegners übrig bleibt.[41]) Nirgends aber wird angenommen, daß die Zulassung der replica compensationis in der gedachten Richtung Platz greife, wenn der Aufrechnende der mit einer Einrede behafteten Forderung seines Aufrechnungsgegners seinerseits eine vollgültige Forderung entgegenstellt, und nirgends wird die Folgerung gezogen, daß in einem solchen Fall der Aufrechnungsgegner der erklärten Aufrechnung gegenüber verlangen könne, daß seine mit einer Einrede behaftete Forderung auch wirklich durch die Einrede zerstört werde, mit der sie behaftet ist. Ein solches Ergebniß wäre natürlich auch unsinnig. Jedermann hat wohl ein Recht darauf, daß sein liquider Anspruch nicht durch Geltendmachung eines zerstörbaren Gegenanspruches zerstört werde; aber Niemand kann ein Recht darauf haben, daß sein in mehrfacher Weise

[40]) Vergl. unten bei Anm. 73.

[41]) Aehnlich Ob.Trib.Entsch. Bd. XX S. 190.

Digitized by Google

zerstörbarer Anspruch auch nun wirklich in der Weise zerstört werde, wie er es verlangt. Ein solches Prinzip würde die neuerdings von Stölzel[42]) gewonnenen Sätze geradezu auf den Kopf stellen. Stölzel's Ausführungen wenden sich bekanntlich insbesondere gegen den Satz, daß der die Klageforderung bestreitende oder eine Einrede gegen dieselbe vorbringende und zugleich mit einer unstreitigen Gegenforderung aufrechnende Beklagte ein Recht darauf habe, daß zunächst sein Bestreiten oder seine aus dem der Klage zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß entnommene Einrede geprüft und eventuell zur Tilgung der Klageforderung verwandt werde. Daß aber der Kläger, d. h. der Aufrechnungsgegner, ein Recht darauf habe, daß seine der Vernichtung anheimgefallene Forderung durch die mit ihr aus dem gleichen Rechtsverhältniß entspringenden Einwendungen des Kompensanten zerstört werde, und nicht durch die aufgerechnete unstreitige Gegenforderung, das hat m. W. sogar die Stölzel sonst entgegengesetzte Theorie noch nicht behauptet.

Die hier für die Rüge der Uebergehung eines konnexen Gegenanspruchs gemachten Ausführungen haben eine über den Rahmen dieses Falles hinausgehende Bedeutung. Sie sind ein Hauptgrund dafür, daß die zweite Eventualität der compensatio compensationis, d. i. die Aufrechnung einer Forderung, gegen welche eine Gegenforderung aufgerechnet wurde, gegen eine andere Gegenforderung unzulässig ist, es sei denn, daß sie durch Vertrag ausdrücklich für zulässig[43]) erklärt wurde, sowie dafür, daß der mehrfache Schuldner[44]) auch keinen Widerspruch gegen die Aufrechnung hat.[45])

Nach alledem hat im Fall I, 1 wohl Frau Schulze eine replica compensationis, und zwar nach geltendem wie künftigem Recht, aber nicht Schmidt im Fall II, 2, und zwar wiederum weder nach geltendem noch künftigem Recht.

Zum Schluß fragt sich noch, ob die Rüge des Aufrechnungsgegners in der Richtung auf das Uebergehen einer konnexen Forderung durch den Aufrechnenden außerhalb oder innerhalb des Prozesses vor-

---

[42]) a. a. O. zur Lehre von der Eventualaufrechnung; ferner neuestens besonders scharf in der Ztschr. f. Civ.Proz. Bd. XXIV S. 63.

[43]) Vergl. unten bei Anm. 78 und hinter Anm. 107.

[44]) Vergl. über diesen Begriff unten Anm. 102.

[45]) Vergl. unten hinter Anm. 117 und 191.

Digitized by Google

komme, und welche Rolle ihr im Prozeß zufalle. Im Gegensatz zur eigentlichen compensatio compensationis wird jene Rüge nur im Prozeß vorkommen, da sie kein Rechtsgeschäft, sondern eine Prozeßhandlung ist. Erklärt ein Kompensant außerhalb des Prozesses eine Aufrechnung, welche den § 390 B. G.B. verletzt, so braucht der Aufrechnungsgegner weder zu widersprechen, noch die erklärte Aufrechnung durch Hinweis auf seinen konneren Gegenanspruch bei Seite zu schieben. Er kann es thun, gerade so gut wie zwei Parteien, welche einen Prozeß zu vermeiden wünschen, durch gegenseitigen Schriftwechsel unter Hinweis auf ihre vermeintlichen Rechte eine Klarstellung des Sach- und Streitstandes und eine Verständigung anstreben können; ihre Erklärungen werden deshalb aber noch nicht zu Rechtsgeschäften.[46])

Im Prozesse selbst ist das Vorbringen des Aufrechnungsgegners, welches die Uebergehung eines konnexen Gegenanspruchs rügt, eigentlich mehr eine replica nominis compensandi als eine replica compensationis[47]); denn es richtet sich nicht allein gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung, sondern geradezu gegen die Rechtsbeständigkeit der aufgerechneten Gegenforderung. Das Vorbringen ist schließlich auch nicht immer — wie in unserem Beispiel — eine eigentliche Widerrede (Replik), sondern kann auch ein Bestreiten, ein qualifizirtes Geständniß sein, z. B. wenn der Aufrechnungsgegner gegen die aufgerechnete Gegenforderung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhebt.[48])

---

[46]) Vergl. unten hinter Anm. 78.

[47]) Vergl. oben Anm. 7.

[48]) Vergl. Planck a. a. O., Note 1 a. E. zu § 390, Note 1 zu § 322. Vor einem gefährlichen Irrthum muß hier gewarnt werden. Es ist nämlich dem Verfasser die Ansicht begegnet, daß der § 390 Satz 1 B. G.B. den Sinn habe, daß lediglich das Vorbringen von Einwendungen gegen die aufgerechnete Gegenforderung, m. a. W. ihre Illiquidität sie zur Aufrechnung unfähig mache. Man meint, daß § 390 Satz 1 B. G.B. eine Wiederherstellung der §§ 359, 360 I 16 A. L.R. sei, welche nach Ansicht des Reichsgerichts (Entsch. in Civ.S. Bd. XII S. 254, Bd. XV S. 376) als durch die §§ 136, 274 C.P.O. beseitigt angesehen werden. Hiergegen ist zunächst zu bemerken, daß diese Ansicht von der irrigen Prämisse ausgeht, als ob die §§ 359, 360 I 16 A. L.R. selbst eine materiell-rechtliche Bestimmung des Inhalts enthielten, daß eine illiquide Forderung nicht aufrechenbar sei. Daß sie vielmehr lediglich eine prozessuale Vorschrift enthalten, hat das Reichsgericht eben dadurch klargestellt, daß es dieselben als durch die C.P.O. beseitigt erachtete. Daß nun aber gar der § 390 B. G.B. illiquide Forderungen von der Aufrechnung ausschlösse, ist völlig

Digitized by Google

Ist das Vorbringen ein solches, so wird der Kompensant beweispflichtig sein. Unmöglich kann nämlich der Kompensant dadurch, daß er seine mit einer Einrede behaftete Forderung aufrechnungsweise geltend macht, die Beweislast dem sonst nicht beweispflichtigen, sich auf § 390 B.G.B. berufenden Aufrechnungsgegner aufbürden. Im Gegentheil, es könnte eher in Frage kommen, ob nicht jedes Berufen eines Aufrechnungsgegners auf § 390 Satz 1 B.G.B., obgleich eine replica nominis compensandi, als replica compensationis stets ein Bestreiten der Zulässigkeit der Aufrechnung sei, sodaß also der Kompensant bei Behauptung des Gegners dafür beweispflichtig wäre, daß seine aufgerechnete Gegenforderung nicht mit einer Einrede behaftet sei. Beide extreme Ansichten wären indessen unrichtig. Maßgebend allein bleibt folgende Erwägung: Der Kompensant, der im Prozeß eine Aufrechnungserklärung einredeweise geltend macht, will allerdings weiter nichts als Klageabweisung

unannehmbar. Die Motive zum 1. Entw. Bd. II S. 106 begründen die Bestimmung damit, daß es bezüglich dilatorischer Einreden doch nicht ganz zweifellos sei, ob sie die mit ihnen behaftete Forderung von der Aufrechnung ausschlössen, und daß deshalb eine ausdrückliche Bestimmung nöthig sei. Genau dieselbe Begründung für die Vorschrift ergeben die Protokolle der Kommission für die II. Lesung Bd. I S. 362, und Planck a. a. O. steht offenbar auf demselben Standpunkt. Durch die genannten Erwägungen, daß die Vorschrift ausdrücklich gegeben sei, um alle Zweifel abzuschneiden, ob eine mit dilatorischen Einreden behaftete Forderung aufrechenbar sei, wird das Argument der Gegner beseitigt, als ob bei unserer Auslegung die Vorschrift, weil sie etwas völlig Selbstverständliches enthalte, überflüssig sei. Die gegnerische Ansicht würde das gesetzliche Aufrechnungsrecht einfach illusorisch machen. Sie ist aber auch unverträglich mit der Umgestaltung der §§ 136, 274 C.P.O. in die §§ 145, 302 C.P.O. neuer Fassung; vergl. unten Anm. 153 a. E. Die dem Gericht gegebene Trennungsbefugniß wäre unnöthig, wenn das Gericht, sobald der Gegner der aufgerechneten Forderung Einwendungen gegen dieselbe erhebt, die Forderung einfach als zur Aufrechnung untauglich zurückweisen und nach dem Klageantrag erkennen könnte. Daß aber die Trennungsbefugniß nur ein die Prozeßverschleppung hinderndes Mittel, nicht aber etwa eine aus der Nichtaufrechenbarkeit einer illiquiden Forderung folgende Konsequenz ist, erhellt daraus, daß nach dem neuredigirten § 274 (302) der Richter zum Erlaß eines Vorbehaltsurtheils verpflichtet ist, und daß, sobald als die Beweisaufnahme ergeben hat, daß die aufgerechnete Gegenforderung besteht, dieses Vorbehaltsurtheil aufzuheben, der Kläger abzuweisen und auf Antrag zum Schadensersatz und zur Kostenerstattung zu verurtheilen ist. Klarer kann das Gesetz gar nicht ausdrücken, daß die Illiquidität materiell die Aufrechenbarkeit einer Forderung nicht bindert.

Digitized by Google

bewirken.[49]) Das Vorbringen des Klägers gegen die Kompensationseinrede läßt daher begrifflich das Bestehen oder Nichtbestehen der aufgerechneten Gegenforderung dahingestellt oder berücksichtigt es wenigstens nur insoweit, als es daraus Unzulässigkeit der Aufrechnung folgert. Aber nur soweit dieses Vorbringen die das Aufrechnungsrecht des Kompensanten begründenden Thatsachen sei es direkt oder indirekt durch einen mit dem des Kompensanten unverträglichen Sachvortrag leugnet oder das Fehlen wesentlicher das Aufrechnungsrecht begründender Thatsachen rügt, liegt ein Bestreiten des Aufrechnungseinwandes, soweit der Aufrechnungsgegner aber Thatsachen oder Gegenrechte, welche die Existenz des Aufrechnungsrechtes in ihrer Entstehung hindern oder nach derselben vernichten, liegt das Vorbringen einer prozessualen Einrede mittelbar auch gegen den Aufrechnungseinwand vor. Im Sinne des § 390 B.G.B. ist „Einrede" ein Gegenrecht.[50]) Dies Gegenrecht braucht keine Einrede im prozessualen Sinne, d. h. keine „Einwendung" im Sinne des B.G.B., zu sein, wie wir dies bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gesehen haben. Andererseits werden wir unten[51]) sehen, daß eine Einwendung, die aufgerechnete Forderung sei durch Zahlung oder anderweite Aufrechnung erloschen, keine „Einrede" im Sinne des § 390 B.G.B. ist.

Das Ergebniß ist danach, daß der Aufrechnungsgegner dann für das Vorliegen der Einrede beweispflichtig ist, wenn er dies bei offensiver Geltendmachung der aufgerechneten Gegenforderung wäre. Diesen Grundsatz können wir, da noch im weiteren Verlaufe unserer Abhandlung darauf zurückgekommen werden muß, dahin generalisiren: Die Vertheilung der Beweislast für aus demselben Rechtsverhältniß erwachsene Thatsachen darf durch die prozessuale Parteirolle des Beweispflichtigen nicht verändert werden. Dieser Grundsatz ist — wie sich im weiteren Verlaufe zeigen wird — ebenfalls der des Reichsgerichts. Eine gegentheilige Auffassung würde auch zu bedenklichen Konsequenzen führen. Man setze, an unser obiges Beispiel (Fall I, 1) anknüpfend, daß nicht Frau Schulze dafür beweispflichtig wäre, daß der von Schmidt aufgerechneten Forderung wegen Verwendungen auf die Miethssache die Einrede des Zurückbehaltungs-

[49]) So Stölzel a. a. O. Eventualaufrechnung, S. 12.

[50]) So Planck a. a. O. Vorbemerkungen zum Allgemeinen Theil Nr. VIII.

[51]) Vergl. unten Anm. 79.

Digitized by Google

rechtes wegen Vorliegens eines konnexen Gegenanspruchs (der fälligen Miethszinsforderung) entgegenstehe, sondern daß der Kompensant Schmidt auf die bloße Behauptung der Frau Schulze für das Nichtvorliegen dieser Einrede beweispflichtig wäre. Der Eid würde dann Frau Schulze zufallen, und nach Ableistung desselben würde Schmidt's Kompensationsantrag — man denke sich ihn als Einrede gegenüber einer Klage der Frau Schulze auf Erstattung der gehabten Auslagen erhoben — zurückgewiesen, und Schmidt nach dem Klageantrag verurtheilt werden. Da nun aber durch das rechtskräftige Urtheil keineswegs das Nichtbestehen der aufgerechneten Gegenforderung ausgesprochen ist,[52]) (die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts vernichtet gemäß § 274 Abs. 1 B.G.B. die Gegenforderung nicht), sondern, dank der Eigenthümlichkeit des Falles trotz Vorliegens einer replica nominis compensandi, nur die Inkompensabilität derselben, so würde Schmidt seine Forderung nunmehr einklagen können. Würde der Klage Schmidts gegenüber Frau Schulze wiederum die Einrede des Zurückbehaltungsrechts erheben, so würde sie für ihr Gegenrecht die Beweislast treffen; der Eid würde jetzt Schmidt zufallen, und nach seiner Ableistung hätten wir zwei einander entgegenstehende Eide. Nun ist allerdings das Entgegenstehen von zwei einander widersprechenden Schiedseiden sogar im gleichen Prozeß nichts Unerhörtes; § 495 (533 neuer Fassung) Abs. 2 C.P.O. läßt die Möglichkeit solcher Eide zu.[53]) Immer aber ist ein solches Entgegenstehen etwas Unerwünschtes, und in dem Fall, wo es die C.P.O. zuläßt, ist es die Folge einer formell unrichtigen Eidesabnahme oder mindestens einer materiell unrichtigen Beweislastvertheilung durch den Richter. Eine planmäßige Beweislastvertheilung darf aber nicht zum Entgegenstehen zweier einander widersprechenden Schiedseide, auch nicht in zwei verschiedenen Prozessen führen, zumal dann nicht, wenn die Entstehung des zweiten Prozesses aus dem ersten mit Sicherheit zu erwarten steht. Ein solches Verfahren würde, wie Stölzel[54]) treffend bemerkt, „den übelsten" Eindruck machen.

Noch flagranter wird die Ungerechtigkeit einer Beweislastvertheilung, welche den Kompensanten für jede seiner Forderung entgegenstehende

[52]) So Stölzel a. a. O. Eventualaufrechnung S. 73 bei Note 1.
[53]) So Stölzel, Schulung f. d. civ. Prax. Bd. I 2. Aufl. S. 90 Note 1.
[54]) S. Stölzel a. a. O. Bd. I S. 90.

Digitized by Google

Einrede beweispflichtig machen wollte, wenn die vom Aufrechnungsgegner vorgeschützte Einwendung zur Feststellung des Nichtbestehens der aufgerechneten Gegenforderung führt. Stölzel[55]) führt unter Berufung auf die Motive zu § 293 C.P.O. aus: „Indeß ist zu beachten, daß die Motive nicht von einer Feststellung reden, ob aufgerechnet oder nicht aufgerechnet sei, sondern von einer Feststellung, ob die Gegenforderung bestehe oder nicht bestehe." Danach wäre es unberechtigt, jede replica nominis compensandi nur unter dem Gesichtswinkel des Bestreitens einer Zahlungseinrede aufzufassen, die Ausdehnung der Rechtskraft nach § 293 (322) C.P.O. führt zu anderen Konsequenzen. Mag man immerhin mit Geib[56]) bedauern, daß auch die Civilprozeßnovelle die Entscheidung, daß die aufgerechnete Gegenforderung nicht bestehe, quoad summam concurrentem rechtskräftig werden läßt — angesichts des Gesetzes muß man die Konsequenzen tragen. Würde man in blinder Verschließung gegen seine Wirkungen stets und ohne Unterschied den Aufrechnungsgegner zum Eide über eine der aufgerechneten Gegenforderung entgegenstehende Einrede, welche dieselbe vernichtet, zulassen, so wäre der Kompensant unter Umständen definitiv um seine Forderung durch einen Eid gebracht, der sonst ihm zugefallen wäre.[57])

Nach alledem behält es bei den obigen Grundsätzen sein Bewenden.

Wir fassen danach die gewonnenen Resultate in folgende Sätze:

1. Die Rüge der Uebergehung eines mit der aufgerechneten Forderung in rechtlichem Zusammenhange stehenden Gegenanspruchs ist kein Rechtsgeschäft und keine compensatio compensationis, sondern ein Prozeßrechtsakt, und zwar die Erhebung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts oder des nicht erfüllten Vertrages. Es begründet nämlich die Konnexität in der Aufrechnungsreihenfolge keinen Vorrang, ist aber charakteristisches Begriffsmerkmal des Zurückbehaltungsrechts.

2. Aus diesem Grundsatz folgt:

a) Die Rüge greift auch bei Ungleichartigkeit des konneren Gegenanspruchs mit der aufgerechneten Forderung durch, in welchem Falle beide Ansprüche unberührt bleiben.

[55]) A. a. O. Eventualaufrechnung S. 76.
[56]) Zeitschr. f. Civ.Proz. Bd. XXII S. 527 ff.
[57]) Vergl. unten bei Anm. 85, 265.

Digitized by Google

b) Bei Gleichartigkeit beider Ansprüche ist die Wirkung jener Rüge in der Regel allerdings nicht nur Sicherung, sondern Tilgung derselben, d. h. von der Wirkung einer compensatio compensationis thatsächlich nicht verschieden. Dies kann aber am Wesen jener Rechtshandlung nichts ändern.

c) Da jene Rüge nicht „den Vorrang der Aufrechenbarkeit konnerer Forderungen", sondern nur das Bestehen eines konneren Gegenanspruchs auf Seiten des Aufrechnungsgegners geltend macht, kann sie nur von dem mehrfachen Gläubiger, nicht aber von dem mehrfachen Schuldner erhoben werden. Letzterer hat hierzu weder ein Recht, noch einen Rechtsbehelf.

d) Prozessualisch ist jene Rüge:

α) mehr eine replica nominis compensandi als eine replica compensationis;

β) nicht immer eine replica oder gar replicatio, sondern unter Umständen eine confessio qualificata.

§ 3.

2. Das Berufen auf ein entgegenstehendes Aufrechnungsgeschäft ist keine compensatio compensationis.

Es muß in der Läuterung des Begriffs der compensatio compensationis fortgefahren werden. Der zweite Fall, in welchem die gemeinrechtliche und preußischrechtliche Theorie und Praxis die compensatio compensationis zulassen, ist der des Vorliegens eines entgegenstehenden Aufrechnungsvertrages.[58]) Da die gesetzlichen Vorschriften über die Aufrechnung im Wesentlichen dispositiver Natur sind, so steht es den Parteien frei, sowohl auf ein verzichtbares Aufrechnungserforderniß zu verzichten, als auch die Zahl der gesetzlichen Aufrechnungserfordernisse um eine beliebige Anzahl zu vermehren.[59]) Kein eigentlicher Aufrechnungsvertrag, sondern ein Aufrechnungsvertrag

[58]) So Kohler a. a. O., Zeitschr. f. Civ.Proz. Bd. XX S. 20, 21 u. 24, Bd. XXIV S. 30ff.; speziell für gemeines Recht: O.A.G. Lübeck, Urtheil vom 25. Oktober 1864 in Seuffert's Archiv Bd. XIX Nr. 101; R.O.H.G. (Bes. Wiesbaden) Bd. XIX S. 77; R.G.Entsch. in Civ.S. Bd. VII S. 243ff.; speziell für preußisches Recht: Rehbein, Entscheidungen Bd. III (1891) S. 166, 167 in den Noten.

[59]) So auch die compensation conventionelle des französischen Rechts, vergl. oben Anm. 2 a. E.

Digitized by Google

(§ 150 I 16 A.L.R.) ist das Uebereinkommen zweier Parteien, bei Gegenüberstehen *mehrerer* aufrechenbaren Forderungen die Anrechnung abweichend von der gesetzlichen Reihenfolge zu vollziehen; doch kommt gerade dieser Vertrag hier vorzugsweise in Betracht. Die Verfasser des B.G.B. haben die Zulässigkeit einer vertraglichen Modifikation der gesetzlichen Auf- und Anrechnungsregeln für so selbstverständlich gehalten, daß sie diese aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebende Folgerung im Gesetzbuche selbst gar nicht erst ziehen zu müssen geglaubt haben.[60]) Die Motive des B.G.B.[61]) sagen in Gemäßheit dieses Standpunktes denn auch in Uebereinstimmung mit dem preußischen, gemeinen und überhaupt wohl jedem Recht, daß eine replica compensationis des Aufrechnungsgegners zulässig sei, insoweit „er sich darauf beruft, daß ein entgegenstehender Kompensations-Vertrag vorliege".

Dem Falle des Vorliegens eines entgegenstehenden Kompensations-*vertrages* stellen die Motive[62]) den Fall gleich, wenn der Aufrechnungsgegner sich darauf berufen kann, „daß er seinerseits zuvor durch Aufrechnung einer anderen ihm zustehenden Forderung gegen die vom Gegner zur Aufrechnung verwendete Forderung diese getilgt habe". Auch diese nach B.G.B. zulässige angebliche compensatio compensationis finden wir schon im preußischen Recht. Es ist die sog. replica compensationis factae,[63]) durch welche der Aufrechnungsgegner die Thatsache der von ihm bereits einseitig vollzogenen Aufrechnung im Prozesse geltend macht. Es versteht sich von selbst, daß die Vorschützung dieser Tilgungsart nur von denen zugelassen werden kann, welche die Vollziehung der Aufrechnung durch eine einseitige außergerichtliche Erklärung des Aufrechnenden zulassen.[64]) Es ist ferner selbstverständlich, daß diese replica compensationis nur dann durchgreift, wenn die geltend gemachte Aufrechnungserklärung den Bedingungen genügte, welche das gemeine, preußische Recht und B.G.B.

[60]) Motive zum I. Entwurf Bd. II S. 104.

[61]) Motive a. a. O. S. 110.

[62]) Motive a. a. O. S. 110.

[63]) Vergl. Kohler a. a. O. Bd. XX S. 24; Eisele a. a. O. S. 365, 366, Note 9 u. 10 das.; O.A.G. Celle Urtheil vom 18. November 1861 in Seuffert's Archiv Bd. XIX Nr. 142; R.O.H.G. Bd. XIX S. 77; R.G.Entsch. in Civ.S. Bd. VII S. 243 ff.

[64]) Vergl. oben Anm. 3.

Digitized by Google

für die Wirksamkeit einer einseitigen Aufrechnungserklärung aufstellen.[65])

Der Aufrechnungsgegner kann sich natürlich auch darauf berufen, daß eine entgegenstehende Aufrechnung früher einmal bereits durch Erklärung des Kompensanten vollzogen worden sei, Rechtsprechung,[66]) Litteratur[67]) und Motive[68]) erwähnen diese Eventualität nicht, und dies ist von ihrem Standpunkt durchaus natürlich. Wer in der Berufung auf ein entgegenstehendes Aufrechnungsgeschäft eine compensatio compensationis, eine Ausnahme von dem Satze: „Compensatio compensationis non datur", erblickt, kann natürlich als solche Ausnahme nur ein solches einseitiges Aufrechnungsgeschäft gelten lassen, welches der Aufrechnungsgegner seiner Zeit vorgenommen hat, da nur durch Geltendmachung eines solchen anscheinend der Aufrechnungsgegner eine dritte Forderung gegen die aufgerechnete Gegenforderung des Kompensanten aufrechnet. Wir aber, die wir die Berufung auf ein entgegenstehendes Aufrechnungsgeschäft nicht als „compensatio compensationis" gelten lassen, müssen des Falles, wo der Kompensant einer früher von ihm selbst abgegebenen Aufrechnungserklärung zuwider aufrechnet, Erwähnung thun. Die Entscheidung in einem solchen kann natürlich nicht zweifelhaft sein. Aufrechnung ist Zahlung. Durch Aufrechnung seiner Gegenforderung gegen eine Forderung seines Aufrechnungsgegners hatte der Kompensant seiner Zeit bei Abgabe seiner entgegenstehenden Aufrechnungserklärung sowohl des Gegners als auch seine Forderung getilgt. Mit einer getilgten Forderung kann er aber nicht noch einmal aufrechnen. Nur wenn die Voraussetzungen der Kondiktion einer Zahlung wegen ungerechtfertigter Bereicherung vorlägen, könnte er Wiederherstellung des Zustandes vor der ersten Aufrechnung verlangen und dann allerdings seine Gegenforderung gegen eine andere Forderung

---

[65]) Diese Bedingungen sind im Allgemeinen die im § 387 B.G.B. enthaltenen allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit. Im Fall, daß mehrere aufrechenbare Forderungen einander gegenüberstehen, sind aber im preußischen Rechte wenigstens die Bedingungen erschwerte. Welche es sind, wird der weitere Verlauf der Arbeit ergeben; eine antizipirte Erörterung könnte nur zu Wiederholungen führen.

[66]) R.O.H.G. Bd. XIX S. 77; R.G.Entsch. in Civ.S. Bd. VII S. 243ff.

[67]) Eisele a. a. O.; Kohler a. a. O. Bd. XX S. 21 drückt sich allgemeiner aus.

[68]) A. a. O. Bd. II S. 110.

Digitized by Google

des Gegners aufrechnen. Im Uebrigen kann der Kompensant ein jus variandi nicht haben; die Aufrechnungserklärung bindet in erster Linie ihn selbst.[69])

Den genannten Fällen, wo der Aufrechnungsgegner sich darauf beruft, daß die zur Aufrechnung gestellte Forderung bereits früher durch Vertrag oder durch einseitige Parteierklärung mit ausdrücklicher Anrechnungsbestimmung der aufgerechneten Forderung gegen eine andere Forderung, bezw. einer anderen Forderung gegen die aufgerechnete Forderung erloschen sei, steht der Fall gleich, wo eine einseitige Aufrechnungserklärung bereits früher einmal von einem der beiden Theile abgegeben worden war, die zwar nicht eine ausdrückliche Anrechnung auf die andere oder die aufgerechnete Forderung enthielt, wodurch aber in Folge eines pactum de nominibus compensandis (§ 150 I, 16 A. L.R.) oder in Folge der gesetzlichen Anrechnungsregeln (§§ 153 bis 159 I, 16 A. L.R., §§ 396 Abs. 1, Satz 2, 366 Abs. 2 B. G.B.) die aufgerechnete Forderung gerade gegen jene andere Forderung, bezw. jene andere Forderung gerade gegen die jetzt aufgerechnete Forderung aufzurechnen war. Mangels eines abweichenden Uebereinkommens (§ 153 I, 16 A. L.R.), bezw. einer abweichenden Anrechnungsbestimmung

[69]) Leonhard a. a. O. S. 168 meint, für den Aufrechnenden sei seine Aufrechnungserklärung ein bloßes Angebot und frei widerruflich, sie binde den Gegner, aber nicht ihn selbst. Man muß hier aber zwischen dem Standpunkt des gemeinen und preußischen Rechts unterscheiden. Wer im gemeinen Recht der einseitigen Aufrechnungserklärung überhaupt eine Wirkung beilegt, für den ist sie auch beim Gegenüberstehen *mehrerer* aufrechenbarer Forderungen kein bloßes Angebot, sondern eine beide Theile bindende Willenserklärung. Wer aber auf dem Standpunkt der gerichtlichen Kompensation steht, der wird der einseitigen *außergerichtlichen* Aufrechnung überhaupt keine Wirkung, zumal nicht dem Gegner gegenüber, beilegen. Das Gleiche gilt für das preußische Recht, doch muß hier eine Ausnahme gemacht werden. Man hat der einseitigen Aufrechnungserklärung beim Gegenüberstehen *mehrerer* aufrechenbarer Forderungen nur die Kraft eines Angebots zuertheilen wollen (Motive z. B. G.B. Bd. II S. 86), eine Ansicht, welcher der Verfasser allerdings nicht beipflichtet (Entsch. des Ob.Trib. in Striethorst's Archiv Bd. LXXXXIV S. 92; vergl. unten bei Anm. 126). Thäte man dies aber selbst, so würde man dennoch zugeben müssen, daß gerade ein Angebot eine den Anbietenden vorläufig verpflichtende Kraft hat, welche den Gegner, falls er nicht widerspricht (§ 151 I 16 A.L.R.), binnen einer bestimmten Frist gleichfalls ergreift. Lehnt der Gegner aber ab, so werden wieder *beide* Parteien frei. Leonhard's Bedenken sind daher nicht gerechtfertigt. Vergl. im Uebrigen Planck a. a. O. Note 3 zu § 390.

Digitized by Google

(§ 396 Abs. 1 Satz 2 B. G.B.) vollzieht sich nämlich nach preußischem, bezw. nach dem Rechte des B. G.B. durch die Aufrechnungserklärung die Aufrechnung ipso jure in der gesetzlichen Reihenfolge, es sei denn, daß ein früheres pactum de nominibus compensandis schon ein für allemal für vorkommende Fälle eine bestimmte, von der gesetzlichen abweichende Anrechnungsart bestimmte.

Es fragt sich nun, ob das Berufen auf ein entgegenstehendes Aufrechnungsgeschäft — sei es Vertrag, sei es ein einseitiges Geschäft — eine compensatio compensationis ist. Ehe wir diese Frage beantworten, müssen wir uns erst die Rechtslage vergegenwärtigen, wie sie durch jenes entsprechende Aufrechnungsgeschäft geworden ist. Was den Aufrechnungsvertrag anlangt, so hatten wir oben[70]) gesehen, daß er in zwei Arten zerfällt, in die compensatio in praeteritum und in das pactum de nominibus compensandis. Die compensatio in praeteritum vollzieht — ein gegenseitiger Erlaßvertrag — die Aufrechnung. Sie steht also in ihrer Wirkung der einseitigen Aufrechnungserklärung, welche in Gemäßheit der gesetzlichen Bedingungen erfolgt ist, gleich. Das pactum de nominibus compensandis ändert die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit für die Zukunft. Sein Sinn kann dabei allerdings sein, daß ohne weitere Parteierklärung bei Entstehen der Forderungen und Eintritt der vorgesehenen Bedingungen die Aufrechnung als vollzogen gelten soll. Ist dies der Fall, so steht nach Eintritt der vorgesehenen Eventualitäten die auf dem pactum de nominibus compensandis beruhende Rechtslage der compensatio in praeteritum gleich. Verlangt aber das pactum de nominibus compensandis noch eine spätere Parteierklärung zur Vollziehung der Aufrechnung mit der Maßgabe, daß diese Erklärung dem pactum entspreche oder Mangels einer Anrechnungsbestimmung nicht widerspreche, so ist die Rechtslage vor Abgabe einer in Gemäßheit des pactum erfolgten Aufrechnungserklärung materiell von der Rechtslage nach einer compensatio in praeteritum und Aufrechnungserklärung verschieden: Die Aufrechnung kann nämlich noch nicht als vollzogen angesehen werden, die Forderungen stehen vielmehr unberührt einander gegenüber, gerade so wie bei der gesetzlichen Aufrechnung, mit dem einzigen Unterschiede, daß die gesetzlichen Voraussetzungen der Auf-

[70]) Vergl. oben Anm. 2.

Digitized by Google

rechenbarkeit durch das pactum verändert sind; wäre auch das Letztere nicht einmal der Fall, dann wäre ja der ganze Vertrag überflüssig. Ein solches pactum de nominibus compensandis kann nun entweder die allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit von Forderungen,[71]) (§ 387 B.G.B.) oder aber die gesetzliche Reihenfolge der Anrechnung einer aufgerechneten Gegenforderung auf mehrere gegenüberstehende aufrechenbare Forderungen modifiziren. Ein pactum, welches dem letztgenannten Zwecke dient, wird hier vorzugsweise in Betracht kommen, da meist mit Berufung auf ein solches der Aufrechnungsgegner der aufgerechneten Forderung des Kompensanten eine andere Forderung gegenüberstellen wird.

Ueber die Verschiedenheit der Sachlage vor erfolgter Aufrechnung (die Forderungen stehen einander aufrechenbar gegenüber, sei es nun, daß ein pactum de nominibus compensandis vorliegt oder nicht) und nach erfolgter Aufrechnung (durch compensatio in praeteritum oder einseitige in Gemäßheit der gesetzlichen oder vertraglichen Bedingungen abgegebene Aufrechnungserklärung) äußern die Motive zum I. Entwurf eines B.G.B.[72]) sich ausdrücklich wie folgt: „Die Kompensationslage erzeugt — ... keine Einrede im materiellen Sinn,[73]) die vollzogene Kompensation erzeugt, wie die Zahlung, die materielle Einwendung, daß der Gläubiger befriedigt sei. Vor erfolgter Aufrechnung stehen sich die beiderseitigen Forderungen von der Kompensationslage völlig unberührt gegenüber." Danach stellt sich die Sachlage wie folgt:

I. Der Kompensant giebt eine Aufrechnungserklärung ab, welche widerspricht:

1. einer früher einmal vollzogenen Aufrechnung (vollzogen sei es nun durch compensatio in praeteritum, sei es durch eine einseitige Aufrechnungserklärung, welche wieder entweder von dem jetzigen Auf-

[71]) Eine Beschränkung der gesetzlichen Aufrechnungserfordernisse enthält z. B. die in Berliner Miethsverträgen mitunter vorkommende Klausel, wodurch die Aufrechnung gegen die Miethszinsforderung ausgeschlossen wird.

[72]) Motive Bd. II S. 107.

[73]) Windscheid, Pandekten Bd. II § 349 S. 289 ff., 292 ff. und Brinz, Pandekten Bd. II § 287 S. 419 ff.; Jahrb. des gem. Rechts Bd. I Heft 2 S. 24 ff.; Kritische Vierteljahrsschrift Bd. XIX S. 321 ff. nehmen an, daß zwei aufrechenbare Forderungen durch ihr Gegenübertreten mit einer Einrede behaftet werden. Vergl. noch unten Anm. 98.

Digitized by Google

rechnungsgegner oder dem Kompensanten abgegeben worden ist, und der jetzigen Aufrechnungserklärung durch ihre ausdrückliche Anrechnungsbestimmung oder Mangels einer solchen in Folge der nach Maßgabe eines pactum de nominibus compensandis oder des Gesetzes sich vollziehenden Anrechnung widerspricht): In einem solchen Fall rechnet der Kompensant eine erloschene (§ 387 B.G.B.) Forderung auf, ein Rechtsakt, der völlig inhaltslos und deshalb nichtig ist. Eines außergerichtlichen Widerspruches des Aufrechnungsgegners, um die Unwirksamkeit zu rügen, bedarf es deshalb nicht. Ebensowenig ist eine compensatio compensationis denkbar, da eine rechtswirksame compensatio ja überhaupt nicht vorlag. Die Forderung des Aufrechnungsgegners, gegen welche der Kompensant die erloschene Gegenforderung aufrechnete, bleibt unberührt bestehen;[74]) der Aufrechnungsgegner kann sie jederzeit zur Aufrechnung verwenden. Thut er dies, so liegt eine völlig neue selbständige compensatio, aber keine compensatio compensationis vor.

2. Die Aufrechnungserklärung widerspricht einem pactum de nominibus compensandis. In diesem Falle bedarf es eines sofortigen Widerspruches nur dann, wenn ein Stillschweigen als Zustimmung ausgelegt werden könnte und hierdurch ein das alte pactum aufhebender neuer Vertrag zu Stande kommen würde. Eine solche Vermuthung können besondere Umstände, z. B. eine zwischen den Parteien bestehende Geschäftsverbindung, rechtfertigen. Im Uebrigen vergiebt sich der Aufrechnungsgegner durch sein außergerichtliches Schweigen nichts. Der Satz: „Qui tacet, consentire videtur" gilt nur für das Verfahren vor Gericht.[75]) An dieser Sachlage ändert die Präsumtion der §§ 151, 152 I, 16 A.L.R., daß eine unwidersprochen gebliebene Anrechnungsbestimmung einer Partei als Anrechnungsvertrag anzusehen sei, — es wird unten[76]) noch ausführlich darauf zurückgekommen werden — nichts; denn, wie wir sehen werden, ist diese Präsumtion widerlegbar durch den Nachweis, daß die Parteien ausdrücklich etwas Abweichendes vereinbart haben. Sicher ist, daß der Widerspruch des Aufrechnungsgegners hier nur unter ganz besonderen Umständen erforderlich ist, und in diesem Falle der Ablehnung der Offerte zum Abschluß eines

[74]) Vergl. Planck a. a. O. Note 2 zu § 387.
[75]) Dernburg a. a. O. Pandekten Bd. I § 98 Note 14.
[76]) Vergl. unten in § 5 insbes. Anm. 123 und 139.

Digitized by Google

von dem alten abweichenden Anrechnungsvertrages, d. h. wenn er von dem mehrfachen Gläubiger erhoben wird, — wie wir gleich unten [77]) sehen werden — dem Widerspruch des § 151 I, 16 A. L.R. gleichsteht. Im übrigen kann ein solcher Widerspruch auch von dem mehrfachen Schuldner erhoben werden, da auch dieser sich Nichtbeachtung eines entgegenstehenden pactum de nominibus compensandis nicht gefallen zu lassen braucht.

Ist nun aber der Widersprechende hier der mehrfache Schuldner, so kann der Widerspruch keine Anrechnung nach Maßgabe des pactum zur Folge haben, denn die nach Maßgabe des pactum aufzurechnende zweite Gegenforderung des Kompensanten ist nicht aufgerechnet, also auch nicht in compensatione. Der mehrfache Schuldner würde also durch den Widerspruch zwar erreichen, daß die Offerte zum Abschluß eines des pactum aufhebenden Vertrages als abgelehnt gilt, er würde aber durch den Widerspruch nicht eine dem pactum entsprechende Aufrechnung zu Stande bringen. Es kann nun aber der mehrfache Schuldner — — gerade so gut natürlich auch der mehrfache Gläubiger — an Stelle der Ablehnung der vom Kompensanten unter Aufhebung des entgegenstehenden pactum begehrten Aufrechnung sogleich eine diesem pactum entsprechende compensatio erklären. Dies wäre allerdings die Aufrechnung einer Forderung, gegen welche der Kompensant eine der mehreren ihm zustehenden Gegenforderungen aufgerechnet hatte, gegen eine andere dieser Gegenforderungen, und also eine compensatio compensationis. [78]) Man beachte aber, daß die Aufrechnungserklärung des Aufrechnungsgegners nur dann eine compensatio compensationis ist, wenn die Erklärung dieser Gegenaufrechnung nothwendig war, um die Präsumtion zu widerlegen, als bedeute das Schweigen des Aufrechnungsgegners auf die dem pactum zuwiderlaufende Aufrechnungserklärung die Annahme einer Offerte zum Abschluß eines Aufhebungsvertrages. Wo dies nicht der Fall ist, ist die Erklärung dieser Gegenaufrechnung überflüssig, und dieselbe keine compensatio compensationis; die Geltendmachung des pactum bleibt dann vielmehr der Erhebung einer Widerrede im Prozeß vorbehalten (vergl. oben bei Anm. 46).

[77]) Vergl. unten in den §§ 5 und 7.
[78]) Vergl. oben Anm. 15.

Digitized by Google

II. Im Prozesse ist das Berufen des Aufrechnungsgegners einer vorgebrachten Kompensationseinrede gegenüber, soweit es sich auf ein entgegenstehendes Aufrechnungsgeschäft stützt, stets eine replica, d. h. eine von dem Vorbringenden zu beweisende „Einwendung".[79]) Die Gründe für diese Vertheilung der Beweislast sind nicht immer die nämlichen:

1. Verletzt die Aufrechnungserklärung ein pactum de nominibus compensandis, und der Aufrechnungsgegner widersprach nicht,[80]) so spricht die Präsumtion nach §§ 151 I 16 A.L.R., 396 B.G.B. für die Rechtmäßigkeit der Anrechnungsbestimmung des Kompensanten, welche nur durch den Gegenbeweis seitens des Aufrechnungsgegners zu widerlegen ist, daß die Anrechnungsbestimmung ein pactum verletzte. Hat der Gegner aber widersprochen, so würde an sich sowohl nach § 151 I 16 A.L.R., als auch nach § 396 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. die widersprochene Anrechnungsbestimmung dem völligen Mangel einer solchen gleichstehen, und der Beklagte müßte an sich nachweisen, worauf er sein Aufrechnungsbegehren gerade gegen die eingeklagte Forderung stützt. Macht er nun geltend, daß die von ihm gewünschte Anrechnung auch den gesetzlichen Regeln entspreche, der Gegner behauptet aber Vorliegen eines die gesetzliche Reihenfolge abändernden Uebereinkommens, so würde an sich — wie wir unten[81]) sehen werden — der Kompensant für das Nichtvorliegen eines solchen beweispflichtig sein, da die Präsumtion für das Vorliegen einer Anrechnungsbestimmung spricht. Diese Präsumtion greift aber eben nur dann Platz, wenn der Kompensant den Mangel einer Parteibestimmung behauptet. Hier hat er ja eine, und zwar die behauptete geständlich getroffen, und das Vorliegen eines von dieser abweichenden früheren pactum muß der Aufrechnungsgegner beweisen. Darüber wird im § 8 noch im organischen Zusammenhange gehandelt werden.

Da sonach der Gegner stets das Vorliegen eines der an sich nicht bestrittenen Anrechnungsbestimmung des Kompensanten wider-

[79]) Also eine Einrede im prozessualen Sinne. Eine Einrede im Sinne des § 390 B.G.B. — vergl. oben bei Anm. 50 — ist diese Einwendung hier nicht.

[80]) Man wolle sich erinnern, daß auch bei Erklärung der Aufrechnung im Prozesse der Widerspruch unabhängig vom Gang desselben zu erklären und nöthigen Falles zu beweisen ist; vergl. oben bei Anm. 9.

[81]) Vergl. unten hinter Anm. 249 und bei Anm. 253.

Digitized by Google

sprechenden früheren Uebereinkommens (pactum de nominibus compensandis) zu beweisen hat, so hat er bei Bestreiten des Kompensanten auch die Voraussetzung eines solchen, darunter die Existenz noch einer dritten Forderung, zu beweisen.

2. Verletzt die Aufrechnungserklärung des Kompensanten eine compensatio in praeteritum oder ein einseitiges Aufrechnungsgeschäft, sei es des Aufrechnungsgegners, sei es des Kompensanten selbst, m. a. W. rechnet der Kompensant eine zwar einmal existent gewesene, aber bereits durch Aufrechnung getilgte Forderung auf, so erheben sich hier allerdings lebhafte Bedenken, ob die Bemängelung dieser Handlung durch den Gegner nicht doch vielleicht ein „Bestreiten" der Zulässigkeit der Kompensationseinrede sei,[82]) insbesondere in dem Fall, wenn das entgegenstehende Aufrechnungsgeschäft von dem jetzigen Kompensanten selbst vorgenommen wurde, sodaß derselbe also eine Forderung zweimal zur Aufrechnung benutzt. Die oben[83]) citirte Verweisung der Motive des B. G.B., daß die vollzogene Aufrechnung eine Zahlungseinrede erzeuge, paßt nämlich streng genommen nur auf den Fall, daß die aufgerechnete Forderung angriffsweise geltend gemacht wird. In diesen müssen wir trotzdem die Einwendung des Aufrechnungsgegners, die zur Aufrechnung gestellte Forderung sei bereits durch ein entgegenstehendes früheres Aufrechnungsgeschäft getilgt, wie eine Zahlungseinrede bei angriffsweiser Geltendmachung der getilgten Forderung ansehen. Dies wird unten[84]) im § 8, wo über die Vertheilung der Beweislast ex professo gehandelt wird, näher ausgeführt werden. Hier sei nur bemerkt: Auch der Beklagte, welcher einen Kompensationsvertrag oder ein Aufrechnungsgeschäft einwendet, hat dasselbe zu beweisen. Hätte also der Kompensant seine durch ein vorhergegangenes Aufrechnungsgeschäft getilgte Forderung klageweise geltend gemacht, so würde der Aufrechnungsgegner das tilgende Aufrechnungsgeschäft zu beweisen gehabt haben.[85]) Es ist nun aber schon oben[86]) der Grundsatz ausgesprochen worden, daß die Art der prozessualen Geltendmachung einer Forderung nicht zu einer Umkehr der Beweislast bezüglich dieser For-

[82]) Das O.A.G. Lübeck Urtheil vom 25. Oktober 1864 in Seuffert's Archiv Bd. XIX Nr. 141 nimmt dies auch thatsächlich an.

[83]) Vergl. oben bei Anm. 72.

[84]) Vergl. unten insbes. Anm. 272.

[85]) Vergl. Anm. 272.

[86]) Vergl. oben hinter Anm. 51.

Digitized by Google

derung selbst führen könne. Diesen Grundsatz hat, wie wir unten[87]) noch sehen werden, auch das Reichsgericht wiederholt aufgestellt. Eine einmal existent gewesene Forderung gilt als fortbestehend, bis der Schuldner ihre Tilgung nachweist. Gleichgültig ist, ob die Forderung klageweise oder zwecks Aufrechnung geltend gemacht wird. Danach hat also der Aufrechnungsgegner das Aufrechnungsgeschäft, welches die nun noch einmal aufgerechnete Forderung bereits tilgte, zu beweisen.

Was der Aufrechnungsgegner, welcher eine replica compensationis factae geltend macht, zu beweisen hat, ist nach Lage der Sache und des zur Anwendung gelangenden Rechts verschieden. Bei Vorliegen einer vertragsmäßigen Aufrechnung wird sich der Umfang der Beweislast überall einheitlich gestalten. Bei Behauptung einer einseitig erfolgten Aufrechnung mit ausdrücklicher Anrechnungsbestimmung hat der Aufrechnungsgegner stets die allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit,[88]) sowie die erfolgte Abgabe der Willenserklärung zu beweisen. Nach gemeinem und künftigem Recht (B. G. B.) genügt dies in allen Fällen. Nach preußischem Recht hat der Aufrechnungsgegner in dem Fall, daß zur Zeit der Abgabe der Aufrechnungserklärung, auf welche er sich beruft, mehrere aufrechenbare Forderungen einander gegenüberstanden, noch zu beweisen, daß die Anrechnungsregeln der §§ 150—159 I 16 A. L. R. damals befolgt worden sind.[89]) Gegen diesen Beweis bleibt dem Kompensanten der Gegenbeweis offen: nach gemeinem, preußischem Recht und B. G. B., daß die frühere Aufrechnungserklärung einen konneren Gegenanspruch oder ein entgegenstehendes Aufrechnungsgeschäft übergangen habe, und im Falle, daß seiner Zeit mehrere aufrechenbare Forderungen einander gegenüberstanden, nach B. G. B. noch, daß der damaligen Aufrechnungserklärung unverzüglich widersprochen worden sei.[90]) Es versteht sich von selbst, daß der Kompensant diesen Gegenbeweis — mit Ausnahme desjenigen, es sei unverzüglich widersprochen worden — nur in dem Fall haben kann, daß die Aufrechnungserklärung, auf die der Aufrechnungsgegner

[87]) Vergl. unten Anm. 260.

[88]) § 387 B. G. B.; vergl. unten bei Anm. 234, 235.

[89]) Dieser Nachweis wird sich, falls der Aufrechnungsgegner eine früher vom Kompensanten selbst abgegebene Aufrechnungserklärung geltend macht, darauf beschränken, daß er beweist, selbst seinerzeit nicht widersprochen zu haben; vergl. unten im § 5.

[90]) Vergl. unten im § 7.

Digitized by Google

sich beruft, seiner Zeit von diesem, und nicht von ihm selbst abgegeben wurde, indem nämlich die gerügten Uebergehungen die abgegebene Erklärung nicht ipso jure nichtig machen, ihre Rüge vielmehr ein Recht des verletzten Gegners bleibt.

Beruft sich schließlich der Aufrechnungsgegner auf eine frühere einseitige Aufrechnungserklärung *ohne* ausdrückliche Anrechnungsbestimmung, behauptet aber, daß nach Maßgabe eines pactum de nominibus compensandis oder des Gesetzes durch diese Erklärung eine bestimmte *andere* seiner Forderungen getilgt worden sei, so hat er alle für den Eintritt einer solchen Wirkung erforderlichen Bedingungen als gegeben nachzuweisen.[91])

Nach alledem ist das Berufen auf ein entgegenstehendes Aufrechnungsgeschäft in der Regel[92]) *kein* Rechtsgeschäft, und zwar weder ein Widerspruch, noch eine compensatio compensationis, sondern ein Prozeßrechtsakt, und zwar in der Regel[93]) eine der Zahlungseinrede materiell gleichstehende Replik.

§ 4.

Standpunkt des gemeinen Rechts.

Wir haben also gesehen, daß weder das Vorbringen einer entgegenstehenden bereits vollzogenen Aufrechnung, noch die Rüge der Uebergehung eines konnexen Gegenanspruchs durch den Aufrechnungsgegner eine compensatio compensationis darstellen, indem das erstgenannte Vorbringen überhaupt kein Berufen auf eine dritte (noch bestehende) aufrechenbare Forderung, die zweitgenannte Rüge aber keine Wettschlagung einer solchen enthält. Der wirkliche Fall, wo eine compensatio compensationis zur Wirksamkeit gelangen kann, ist nur dann gegeben, wenn wirklich *mehrere unberührte, auf verschiedenen rechtlichen Verhältnissen beruhende aufrechenbare Forderungen auf der einen oder der anderen Seite*

---

[91]) Vergl. unten im § 8.

[92]) Anders nur bei besonderer Sachlage; vergl. oben zwischen den Anm. 76 und 78; vergl. indessen die folgende Anmerkung.

[93]) Anders nur bei einem entgegenstehenden pactum de nominibus compensandis, welches aber überhaupt kein eigentliches *früheres Aufrechnungsgeschäft* ist; vergl. oben unter Nr. II, 1. Auch das pactum de mutuo dando ist kein eigentliches Darlehnsgeschäft.

Digitized by Google

vorliegen. Nur in einem solchen Fall ist eine Kollision von Willenserklärungen denkbar, und jedes Recht muß Stellung zu der Frage nehmen, welche von diesen mehreren aufrechenbaren Forderungen an erster Stelle gegen einander aufgerechnet werden sollen.

Im gemeinen Recht finden sich nun Schriftsteller,[94]) welche meinen, daß die Reihenfolge der Entstehung der Forderungen für die Reihenfolge ihrer Aufrechenbarkeit maßgebend sei. Wenn wir also an unser oben[95]) gegebenes Beispiel anknüpfen, so würden nach jener Theorie ceteris paribus[96]) an erster Stelle Frau Schulze's Forderung wegen gehabter Auslagen vom 1. September und Schmidt's Gegenforderung wegen auf die Miethssache gemachter Verwendungen vom 15. September gegen einander aufzurechnen sein, da diese beiden Forderungen früher entstanden und aufrechenbar einander gegenüber getreten sind als die erst am 1. Oktober entstandene Miethszinsforderung der Frau Schulze. Die genannte Theorie nimmt nämlich an, daß zwischen den beiden älteren Forderungen ein Kompensationsverhältniß bestehe, welches kein Theil[97]) ohne Zustimmung des anderen lösen dürfe, bezw. daß die beiden älteren Forderungen durch ihr Gegenübertreten mit einer Einrede behaftet seien.[98])[99])

[94]) Windscheid a. a. O. Bd. II § 349 S. 296ff.; Kohler a. a. O. Zeitschr. f. Civ.Proz. Bd. XX S. 6 u. 7; Bd. XXIV S. 45; Westrum, Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 243; auch noch Dernburg a. a. O. Kompensation S. 550; nach Leonhard a. a. O. S. 168 die Vertreter der von ihm sog. „absoluten Theorien". Was er darunter versteht, sagt er a. a. O. S. 4; vergl. ferner Sächsisches B.G.B. § 993.

[95]) Vergl. oben § 2 hinter Anm. 18.

[96]) Hier wird wieder im Gegensatz zu oben — vergl. Anm. 24 — lediglich geprüft, wie die Entscheidung sich nach der im Text wiedergegebenen Theorie gestaltet.

[97]) So Kohler a. a. O. Bd. XX S. 6 u. 7. Dies jedenfalls mit Unrecht, denn dann könnte auch der mehrfache Schuldner die Aufrechnung einer später entstandenen oder später fälligen Gegenforderung seines mehrfachen Gläubigers gegen seine eine Forderung zurückweisen. Dies ist nach den oben zu Anm. 26 gemachten Ausführungen entschieden zu verwerfen; vergl. unten hinter Anm. 105 und 107. Kohler a. a. O. Bd. XXIV S. 45 zieht aber auch diese Konsequenz.

[98]) So Windscheid a. a. O. S. 289ff., 292ff.; Brinz a. a. O. Pand. Bd. II § 287 S. 419ff.; vergl. oben Anm. 73.

[99]) Deichmann a. a. O. S. 278 nimmt ein zwischen den älteren Forderungen bestehendes Kompensationsverhältniß an, will aber „weit davon entfernt" sein, „eine exceptionsmäßige Affizirung der Forderungen anzunehmen". Wie

Digitized by Google

Ein nicht minder großer Theil der gemeinrechtlichen Schriftsteller verwirft indessen die Ansicht, daß die Zeitfolge der Entstehung der Forderungen für die Reihenfolge ihrer Aufrechenbarkeit von Bedeutung sei.[100]) und erklärt, daß die Entscheidung unabhängig davon sei, ob die Forderungen nach einander oder gleichzeitig entstanden seien. Um die Nothwendigkeit, eine besondere Theorie für den Fall zu schaffen, da sämmtliche Forderungen gleichzeitig zur Entstehung gelangten, kommen dann allerdings auch die Einen so wenig herum wie die Anderen.

Liegt aber der Fall derartig, daß sämmtliche aufrechenbare Forderungen gleichzeitig entstanden sind, so herrscht in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis wiederum Streit, wie zu entscheiden sei. Die Einen geben in Erwägung des Umstandes, daß die Aufrechnung Zahlung, und daher die Regeln von der Bestimmung der Anrechnung geleisteter Zahlungen mutatis mutandis anwendbar seien, dem mehrfachen Schuldner,[101]) [102]) die Anderen mit der Begründung, daß der Gläubiger das Recht habe zu bestimmen, welche Forderung er

---

soll aber das Kompensationsverhältniß geltend gemacht werden, wenn nicht durch Exception?

[100]) Eisele a. a. O. S. 365 ff.; Leonhard a. a. O. S. 168; wohl auch jetzt Dernburg a. a. O. Pandekten Bd. II § 64.

[101]) Leyser, Med. ad Pand. vol. III. spec. 173, med. 10; Mevius, Decis. P. I. dec. 116, P. III. dec. 52; Pütter, Auserlesene Rechtsfälle Bd. I dec. 75 Nr. 58; Vangerow, Pandekten Bd. III S. 375; Sintenis, Gem. Civil-R. 2. Aufl. S. 438; Fuhr im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. I S. 142; O.A.G. Darmstadt bei Fuhr a. a. O. S. 151 ff.; Seuffert's Archiv Bd. XXIII Nr. 22. Leonhard a. a. O. S. 167 Note 3 und 5 unterscheidet die Meinungen derer, die dem Schuldner das Wahlrecht geben, von denen derjenigen, welche die Grundsätze für die Anrechnung von Zahlungen für maßgebend erklären. Ueber die Berechtigung dieser Unterscheidung vergl. unten in Anm. 106.

[102]) Wenn hier oder in den §§ 5, 7 vom „mehrfachen Gläubiger" oder „mehrfachen Schuldner" gesprochen werden wird, so ist natürlich mit „mehrfacher Schuldner" immer nur ein Kompensant gemeint, welcher weniger Forderungen aufrechnet, als die Anzahl der Forderungen, gegen welche aufgerechnet werden kann, beträgt, bezw. ein Gegner, dessen Forderungen durch die aufgerechneten Gegenforderungen voll gedeckt werden, während dem Kompensanten noch Gegenforderungen übrig bleiben. Nur hierauf kommt es an. Gleichgültig ist, ob dem Kompensanten, der weniger aufrechnet als ihm gegenübersteht, sonst noch Forderungen zustehen; diese sind nicht in compensatione. Vergl. bei Anm. 192 und bei Anm. 8.

Digitized by Google

beitreiben wolle, dem mehrfachen Gläubiger[103]) das Wahlrecht. Die herrschende Theorie giebt das Wahlrecht dem Kompensanten,[104]) gleichgültig ob es der mehrfache Schuldner oder Gläubiger ist, m. a. W. läßt Prävention entscheiden. Diese dritte Theorie ist indessen mit der ersten äquivalent. Es versteht sich nämlich von selbst, daß man Theorien nur für den Fall geben kann, wenn der mehrfache Schuldner die Aufrechnung erklärte. Erklärt der mehrfache Gläubiger (Frau Schulze)[105]) die Aufrechnung, so liegt ein Kollisionsfall überhaupt gar nicht vor. Es ist selbstverständlich, daß der kompensirende mehrfache Gläubiger frei wählen kann, welche seiner mehrfachen Forderungen er gegen die eine Forderung seines Gegners aufrechnen will.[106]) Dieses Recht folgt einerseits aus der positiven Befugniß des

[103]) Krug, Kompensation S. 137 und die dort Citirten; Pufendorf, Obs. jur. univ. II obs. 175; Berger, Disput. forens., P. II ad. tit. XI supp. 3; O.A.G. Rostock in Seuffert's Archiv Bd. XIX Nr. 140.

[104]) Eisele a. a. O. S. 365 ff.; Leonhard a. a. O. S. 174. Auch die Praxis steht auf diesem Standpunkt. Seuffert's Archiv Bd. XIX Nr. 141—144; XXX Nr. 134; XXXII Nr. 31; XXXVIII Nr. 222; Entsch. des R.O.H.G. Bd. XII S. 287; XV S. 104; XIX S. 76; Entsch. des R.G. in Civ.S. Bd. I S. 389, 413; III S. 443; IV S. 269; V S. 236; VI S. 205; VII S. 243 ff.; Bolze, Praxis des R.G. Bd. I Nr. 398, 413; III Nr. 443; IV Nr. 269; V Nr. 236; VI Nr. 205. Die Praxis des Reichsgerichts ist bis auf die Entscheidung im VII. Bande bereits bei Leonhard a. a. O. S. 175 Note 3 sorgfältig zusammengestellt.

[105]) Vergl. das Beispiel oben am Anfang des § 2.

[106]) So Dernburg a. a. O. Kompensation S. 552; derselbe a. a. O. Pandekten Bd. II § 64; Windscheid a. a. O. Bd. II § 349 Note 24. Leonhard a. a. O. S. 167 Note 4, S. 168 Note 1 und 2 koordinirt die Ansicht Dernburg's und Windscheid's derjenigen Theorie, welche das Wahlrecht dem mehrfachen Gläubiger giebt, und sieht die Differenz in dem Umstand, daß Dernburg und Windscheid dem Gläubiger das Recht geben, die von ihm gewünschte Aufrechnung vorher außergerichtlich zu erklären. Diese Behandlung kann prinzipiell nicht als berechtigt anerkannt werden, ebensowenig wie die oben Anm. 101 a. E. citirte Unterscheidung der Ansichten derer, die dem mehrfachen Schuldner das Wahlrecht geben, und derer, welche die Bestimmungen über die Anrechnung von Zahlungen für maßgebend erklären. Leonhard übersieht, daß die Theorien nur für den Fall gegeben sind, daß der mehrfache Schuldner die Aufrechnung erklärte. Die von Leonhard koordinirten Ansichten sind daher zum Theil gar nicht materiell verschieden, zum Theil völlig inkommensurabel. Dem mehrfachen Gläubiger das Wahlrecht geben, welche seiner Forderungen durch die vom Schuldner erklärte Aufrechnung getilgt sein solle, in

Digitized by Google

Kompensanten, zu zahlen, mit welchen Vermögenswerthen es ihm beliebt, immer vorausgesetzt, daß die Vermögenswerthe als Zahlungsmittel anerkannt sind, andererseits aus dem Mangel einer Berechtigung des Aufrechnungsgegners, welcher mehrfacher Schuldner ist, zu verlangen, daß seine in mehrfacher Weise zerstörbare Forderung gerade in der Weise zerstört werde, wie es ihm gefällt.[107]) Die Aufrechnungs-

etwas völlig anderes, als mit Dernburg und Windscheid dem mehrfachen Gläubiger die selbstverständliche Befugniß geben, selbst eine beliebige seiner Forderungen gegen die Forderung des Gegners aufzurechnen. Dies verkennt auch Deichmann a. a. O. S. 287, 289. Dagegen ist die oben Anm. 101 citirte Theorie weit davon entfernt, wie Leonhard anzunehmen scheint — dem mehrfachen Schuldner die alleinige Befugniß zu geben, seine Forderung nach Belieben gegen eine der mehreren gegenüberstehenden Forderungen aufzurechnen; sie will vielmehr weiter nichts, als ihm das freie Anrechnungsrecht geben, wenn er gerade der aufrechnende Theil ist; dies bedeutet aber für das gemeine Recht dasselbe, wie die Vorschriften über die Anrechnung einer Zahlung für anwendbar erklären, wobei man allerdings die Singularität, daß nach diesen (vergl. Dernburg a. a. O. Pandekten II § 55) in Ermangelung einer Anrechnungsbestimmung des Schuldners das Wahlrecht auf den Gläubiger übergeht, ausschließen muß. Daß Leonhard lediglich hierin den Unterschied beider Theorien erblickt, kann man kaum annehmen, da das primäre freie Anrechnungsrecht des mehrfachen Schuldners hier wie dort anerkannt, die subsidiär eintretende Bestimmung des Gläubigers übrigens auch nur bei Zustimmung des Schuldners wirksam ist; vergl. unten Anm. 130 und 137. Eine Theorie aber, welche, wie Leonhard unterstellt, dem mehrfachen Schuldner das Wahlrecht in dem Sinne giebt, daß nun der Gläubiger überhaupt nicht mehr aufrechnen darf, wäre unhaltbar. Sie bedeutete nichts mehr und nichts weniger, als einem Schuldner die Liberationsmöglichkeit nehmen, weil er zugleich noch Gläubiger, und zwar mehrfacher Gläubiger ist. Eine Theorie, welche dem mehrfachen Gläubiger das freie Wahlrecht auch dann geben würde, wenn der mehrfache Schuldner aufrechnete, enthält wieder eine ebenso ungerechtfertigte Benachtheiligung des mehrfachen Schuldners. Die Präventionstheorie giebt, wie die erste Theorie, in dem Falle, daß der mehrfache Schuldner aufrechnete, dem Kompensanten das Recht, die Anrechnung der aufgerechneten Forderung zu bestimmen.

Die Präventionstheorie ist an der Verwirrung, der anscheinend Leonhard zum Opfer gefallen ist, allein Schuld. Was sie unter „Prävention" versteht, ist einestheils nur das selbstverständliche Recht des aufrechnenden mehrfachen Gläubigers, jede beliebige seiner Gegenforderungen aufzurechnen — dies gilt auch im preußischen Recht und B. G. B. — anderentheils eine Annahme der Theorie, welche dem kompensirenden mehrfachen Schuldner das freie Anrechnungsrecht giebt.

[107]) Vergl. oben bei Anm. 15. Wir haben schon oben in Anm. 97 be-

Digitized by Google

erklärung des mehrfachen Gläubigers dringt durch, nicht weil mit ihr eine dem Gegner zuvorgekommene Anrechnungsbestimmung verbunden ist: einer solchen bedarf es gar nicht, weil ihr überhaupt weniger Forderungen gegenüberstehen, als sie aufrechnet, die aufgerechneten Forderungen aber nicht durch eine Anrechnungsbestimmung in die Aufrechnungserklärung kommen: die Erklärung dringt vielmehr durch, weil alle von ihr in compensationem gebrachten Forderungen absorbirt werden. Die nicht aufgerechneten Gegenforderungen sind nicht in compensatione.

Aus alledem folgt, daß ein Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung des mehrfachen Gläubigers begrifflich und überall, nicht nur in gemeinem Recht, unzulässig ist.

Ebensowenig wie ein Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung ist aber auch eine compensatio compensationis gegen die compensatio des mehrfachen Gläubigers, d. h. eine Aufrechnung der Forderung, gegen welche eine Gegenforderung aufgerechnet wurde, gegen eine andere Gegenforderung zulässig. Wir hatten zwar schon oben[108]) gesehen, daß, wenn der compensant eine nicht existirende Gegenforderung[109]) aufrechnete, die Aufrechnung der unberührt gebliebenen Forderung einer compensatio compensationis nicht darstellt, und wir werden noch unten[110]) sehen, daß da, wo die Widerspruchserhebung zulässig ist (wenn der mehrfache Schuldner aufrechnete), und der Gegner die durch den Wider-

merkt, daß selbst, wenn man die gemeinrechtliche Theorie, welche die Reihenfolge der zeitlichen Entstehung der Forderungen für die Reihenfolge ihrer Aufrechenbarkeit maßgebend sein läßt, annimmt, der mehrfache Schuldner doch daraus keine Rechte herleiten könnte; denn wenn der mehrfache Gläubiger eine später fällige Forderung aufrechnen würde, so hätte der Schuldner hiergegen kein Rechtsmittel, da das Einandergegenüberstehen der kompensablen Forderungen höchstens die Forderung, gegen welche in concreto aufgerechnet wurde, nicht aber die aufgerechnete jüngste Forderung mit einer Einrede behaftet hätte. Dies gilt mutatis mutandis auch hier. Der mehrfache Schuldner, gegen dessen Forderung eine der mehrfachen Gegenforderungen aufgerechnet wird, hat kein Recht darauf, zu verlangen, daß eine andere gewählt werde; vergl. darüber noch unten bei Anm. 186. A. A. Kohler a. a. O. Bd. XXIV S. 45.

[108]) Vergl. oben bei Anm. 74.

[109]) Vergl. Anm. 48. Auch eine durch Einrede peremtorisch entkräftbare Gegenforderung wird einer nicht existirenden gleichgestellt.

[110]) Vergl. unten bei Anm. 194.

Digitized by Google

spruch frei gewordene Forderung gegen eine andere Gegenforderung aufrechnet, ebenfalls keine compensatio compensationis vorliegt, daß vielmehr der einzig denkbare Fall einer solchen unter Umständen die Geltendmachung eines der Aufrechnungserklärung entgegenstehenden pactum de nominibus compensandis ist.[111]) Hier liegt aber die Sache noch viel einfacher: Kann der Aufrechnungsgegner (mehrfacher Schuldner) der Aufrechnungserklärung weder widersprechen, noch ist dieselbe aus einem in ihr liegenden Grunde unwirksam, so gilt die Forderung des Aufrechnungsgegners in dem Augenblicke, da die Aufrechnungserklärung ihm zugeht, als getilgt; sie kann also nicht mehr zu einer compensatio, geschweige zu einer die compensatio überwindenden compensatio compensationis verwandt werden.

Alle diese Nüancen verwischt die Präventionstheorie, während die ersten beiden Theorien begrifflich nur den Fall ins Auge fassen, da der mehrfache Schuldner die Aufrechnung erklärte. Dies ist das einzig Richtige, denn das kann niemals einem Zweifel unterliegen, daß beide Theile (der mehrfache Gläubiger und Schuldner) aufrechnen können, und daß, soweit der mehrfache Gläubiger die Aufrechnung erklärt, ein Widerspruch unmöglich ist. Soweit aber die Präventionstheorie, darüber hinausgehend, erklärt, daß der Kompensant stets, d. h. also auch, wenn es der mehrfache Schuldner ist, unwiderspruchlich und frei die Anrechnung bestimmen kann, ist sie mit der ersten Theorie identisch. Jene erste Theorie gilt in solchem Umfange nur im gemeinen Recht.

Dieser letztere Umstand, das absolute Anrechnungsrecht des kompensirenden mehrfachen Schuldners, hat nicht nur die Folge, daß auch die erstgenannte Eventualität einer compensatio compensationis,[112]) d. h. die Aufrechnung einer anderen Forderung gegen die aufgerechnete Gegenforderung, im gemeinen Recht unzulässig ist, sondern daß auch ein Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung in dem oben festgestellten Sinn im gemeinen Recht ausgeschlossen ist.

Danach ist das Ergebniß nach gemeinem Recht:

I. Compensatio compensationis non datur; und zwar gilt dieser Satz ausnahmslos. Die Ausnahmen, die man von ihm hat machen wollen, die Rüge der Uebergehung eines konnexen Gegen-

[111]) Vergl. oben bei Anm. 78; vergl. jedoch auch Anm. 93.

[112]) Vergl. oben vor Anm. 1.

Digitized by Google

anspruchs und eines entgegenstehenden Aufrechnungsgeschäfts — letztere wenigstens in der Regel — (§§ 2, 3), sind keine compensationes compensationis.[113])

II. Auch ein Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung ist nach gemeinem Recht unzulässig.[114])

§ 5.

Standpunkt des preußischen Rechts.

Im preußischen Recht ist die Sachlage im Grunde die gleiche wie im gemeinen Recht (§ 4), und die dort sich erhebenden Zweifel, ob die zeitliche Reihenfolge der Entstehung der Forderungen maßgebend für die Reihenfolge ihrer Aufrechenbarkeit sei, ob dem mehrfachen Schuldner oder Gläubiger das Wahlrecht zustehe, haben auch hier obgewaltet. In Betracht muß nun aber für das preußische Recht sofort der § 375 I 16 A.L.R. gezogen werden, welcher für den Fall, daß „der Schuldner seinem Gläubiger mit mehreren[115]) For-

---

[113]) Dagegen bedeutet der Satz: „Compensatio compensationis non datur" noch nicht, daß auch kein Widerspruch zulässig ist, ebensowenig wie die Zulässigkeit des Widerspruchs dem Satz: „Compensatio compensationis non datur" präjudizirt.

[114]) Wenn man der oben Anm. 94 behandelten Theorie angehört, so ist eine prozessuale replica compensationis im gemeinen Recht, außer in den Fällen der §§ 2 und 3, noch möglich, wenn der Kompensant (mehrfacher Schuldner) eine ältere Forderung übergeben. Diese Replik wäre aber weder eine compensatio compensationis (vergl. oben Anm. 97), noch ein Widerspruch (vergl. unten hinter Anm. 200). — Ein Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung beim. eine compensatio compensationis könnte im gemeinen Recht nur in dem oben bei Anm. 78 und Anm. 92 genannten Singularfall (bei Vorbringen eines entgegenstehenden pactum de nominibus compensandis) zulässig sein. — Die Geltendmachung einer zweiten aufrechenbaren Forderung im Prozeß in dem Fall, wenn der die Kompensationseinrede vorbringende Beklagte sich auf eine ohne Anrechnungsbestimmung abgegebene Aufrechnungserklärung beruft, kommt nur als Prozeßrechtsakt in Betracht und wird als solcher unten in § 8 besprochen werden.

[115]) Aus den einleitenden Worten des § 375 I 16 A.L.R.: „Ist der Schuldner seinem Gläubiger mit mehreren Forderungen verhaftet", will Rehbein, Entsch. 1891 Bd. III S. 166, 167 in der Note unter „c" schließen, daß die §§ 153, 154 I 16 A.L.R. von dem § 375 I 16 A.L.R. nicht in Bezug genommen werden, m. a. W., daß die Grundsätze von der Anrechnung von Zahlungen nur beim Gegenüberstehen mehrerer selbständigen Gegen-

Digitized by Google

derungen verhaftet" ist, auf die für die Anrechnung von Zahlungen geltenden Grundsätze (§§ 150—159 I 16 A.L.R.) verweist, soweit eben überhaupt „die Kompensation der Gegenforderung gegen mehr als eine der Forderungen zulässig ist".[118]) Diese Grundsätze über die Anrechnung einer Zahlung auf mehrere Forderungen bestimmen in erster Linie, daß nach dem Uebereinkommen der Parteien beurtheilt werden müsse, „auf welche der schuldigen Posten die geleistete Zahlung

---

forderungen Platz greifen, nicht aber, wenn neben der Haupt- auch eine Zinsen- oder Kostenforderung zu berichtigen ist. Darnach müßte der Aufrechnungsgegner sich eine Aufrechnung auf das Kapital vor Zinsen und Kosten gefallen lassen. Die Ansicht Rehbein's ist im § 375 I 16 A.L.R. schwerlich begründet. Die Eingangsworte dieses Paragraphen entsprechen genau denen im § 150 I 16 A.L.R., welcher die Vorschriften über die Anrechnung einer Zahlung auf mehrere Forderungen einleitet, und in denen nachher im § 153 I 16 nichtsdestoweniger als Eventualfall dieser mehreren Forderungen das Vorliegen einer Zins-, und im § 154 a. a. O. das einer Kostenforderung neben einer Hauptforderung aufgeführt wird. Ferner sagt § 155 I 16 A.L.R. ausdrücklich: „Unter mehreren Kapitalsposten", womit offenbar gemeint ist, daß auch noch außer dem Falle einer Mehrheit von Hauptforderungen der Fall einer Mehrheit von Forderungen überhaupt denkbar ist. Anderenfalls wäre der Ausdruck „mehrere Kapitalsposten" ein Pleonasmus. Ein solcher anderer Fall von mehreren Forderungen kann aber nur der des Vorliegens einer Zinsen- oder Kostenforderung neben der Hauptforderung sein. Man darf daher m. E. die Eingangsworte des § 375 a. a. O. nicht so einengen, wie Rehbein a. a. O. es thut. Die Folge wäre auch unbefriedigend, zumal der Hinweis darauf, daß der Gläubiger sich eine Theilaufrechnung gefallen lassen müsse (Motive z. B.G.B. II S. 111), jedenfalls beim Vorliegen einer Forderung vertragsmäßiger Zinsen nicht zutrifft (Motive II S. 87). Die preußische Praxis (Obertribunal Bd. VIII S. 19, Bd. LVIII S. 175; Rehbein und Reincke a. a. O. Note 79 zu § 153 I 16 A.L.R.) hat aber sogar auch Verzugszinsen als Zinsen im Sinne des § 153 I 16 anerkannt, ohne sich an den Worten „mehrere Forderungen" im § 150 a. a. O. zu stoßen, wenn auch unter Hinweis auf § 57 I 16 A.L.R., d. h. nur, wenn eine Realzahlung in Frage steht. Sicher ist, daß bezüglich einer Forderung von vertragsmäßigen Zinsen die prinzipielle Zulässigkeit der Theilaufrechnung durch Bezugnahme der §§ 153, 154 a. a. O. auf die Aufrechnung nicht in Frage gestellt wird. Gegen Rehbein und mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmend ist daher anscheinend auch Deichmann a. a. O. S. 569.

[118]) Diese Klausel ist nicht nur für die Höhe der Forderungen, sondern auch für ihre rechtliche Natur erheblich und weist auf die gesetzlichen Beschränkungen der Aufrechnung hin; vergl. Förster-Eccius a. a. O., preuß. Priv.R. Bd. I S. 595 ff. Sie enthält auch eine Handhabe für die Rüge der Uebergehung eines konneren Gegenanspruchs; vergl. oben bei Anm. 20.

Digitized by Google

anzurechnen sei" (§ 150 I 16 A. L. R.). „Hat der Schuldner die Zahlung ausdrücklich auf eine gewisse Post geleistet, und der Gläubiger selbige angenommen, ohne seinen Widerspruch innerhalb" einer „bestimmten Frist ..... zu äußern", so wird die Bestimmung des Schuldners maßgebend (§ 151 a. a. O.). „Hat der Gläubiger die ohne weitere Bestimmung gezahlte Summe ..... auf eine gewisse Post angerechnet", ohne daß der Schuldner widersprach, so ist die Bestimmung des Gläubigers maßgebend (§ 152 a. a. O.). „Ist kein Uebereinkommen unter den Parteien vorhanden" (§ 153 a. a. O.), so gelten zunächst Kosten (§ 154 a. a. O.), sodann Zinsen (§ 153 a. a. O.), „unter mehreren Kapitalsposten" die zuerst eingeforderte Post (§ 155 a. a. O.), eventuell die unsicherste (§ 156 a. a. O.), eventuell die „in Ansehung des Zinssatzes dem Schuldner lästigste" (§ 157 a. a. O.), eventualissime die am längsten verfallene Post (§ 158 a. a. O.) als durch die erfolgte Zahlung getilgt. „Kann auch hieraus kein Bestimmungsgrund entnommen werden, so ist die Zahlung auf alle Schuldposten verhältnißmäßig abzurechnen" (§ 159 a. a. O.).

Es muß nun sofort betont werden, daß diese Anrechnungsregeln für die Aufrechnung nur dann maßgebend werden, wenn eine gültige Aufrechnungserklärung (§§ 375, 149 I 16 A. L. R.) bereits abgegeben ist, und zwar von dem mehrfachen Schuldner. Die Sachlage ist ebenso wie im gemeinen Recht; was dort bezüglich der Aufrechnungserklärung des mehrfachen Gläubigers gesagt worden ist,[117]) gilt auch hier. Unrichtig wäre die Ansicht, daß die Bezugnahme des § 375 I 16 A. L. R. auf die §§ 150—159 a. a. O. das Aufrechnungsrecht beim Gegenüberstehen mehrerer aufrechenbaren Forderungen unter Uebergehung des mehrfachen Gläubigers ausschließlich dem mehrfachen Schuldner gäbe. Die §§ 150 ff. I 16 A. L. R. kennen nur einen mehrfachen Schuldner und einen mehrfachen Gläubiger. Bei dem Gegenüberstehen mehrerer aufrechenbaren Forderungen aber ist der mehrfache Gläubiger zugleich einfacher Schuldner, der mehrfache Schuldner zugleich einfacher Gläubiger. Kommt der mehrfache Gläubiger und einfache Schuldner (in unserem obigen Beispiel: Frau Schulze) dem mehrfachen Schuldner und einfachen Gläubiger (Schmidt) in der Erklärung der Aufrechnung zuvor, so liegt eine Zahlung, bezw. Aufrechnung auf nur eine einzige

[117]) Vergl. oben hinter Anm. 107.

Digitized by Google

Forderung vor, und der Fall der §§ 150 ff. I 16 A. L.R. ist nicht gegeben.[118]) Denn diese in Folge der Bezugnahme des § 375 I 16 A. L.R. zur Anwendung kommenden Vorschriften enthalten wohl Bestimmungen darüber, in welcher Weise eine erfolgte Zahlung bezw. Aufrechnung auf mehrere gegenüberstehende Forderungen anzurechnen sei; eine Bestimmung darüber aber, wer in erster Reihe zur Zahlung, bezw. Aufrechnung befugt sei, enthalten sie nicht und können sie auch nicht enthalten, da in dem Fall, den sie ursprünglich zu Grunde legen, natürlich nur einer zahlen kann, nämlich der Schuldner. Im preußischen Recht kann man so recht sehen, daß die Verweisung auf die Grundsätze der Anrechnung von Zahlungen nicht etwa — wie man angenommen hat[119]) — eine Uebertragung des Aufrechnungsrechts auf den mehrfachen Schuldner bedeutet. Für das preußische Recht würde sich allerdings eine Unterscheidung der Theorien, welche das freie Anrechnungsrecht dem aufrechnenden mehrfachen Schuldner geben, und welche die Grundsätze der Anrechnung von Zahlungen für maßgebend erklären, rechtfertigen, weil hier diese Grundsätze dem mehrfachen Schuldner ein solches Anrechnungsrecht nicht — wie im gemeinen Recht — geben.[120]) Im Uebrigen ist daran festzuhalten: Erklärt der mehrfache[121]) Gläubiger (Frau Schulze) eine seiner Gegenforderungen auf die einzige Forderung des mehrfachen Schuldners (Schmidt) für aufgerechnet, so hat es ceteris paribus dabei sein Bewenden und Schmidt kein Widerspruchsrecht. Ebensowenig wie ein Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung des mehrfachen Gläubigers, ist im preußischen Recht eine compensatio compensationis in der Bedeutung

[118]) Es ist unerfindlich, wie Deichmann a. a. O. S. 287 eine Inkonsequenz darin sehen kann, daß der mehrfache Gläubiger jede beliebige seiner mehreren Gegenforderungen aufrechnen, der mehrfache Schuldner aber nicht frei bestimmen kann, gegen welche der mehreren gegenüberstehenden Forderungen er aufrechnen wolle. Die „völlige Gleichstellung der Parteien", welche nach Deichmann die Kompensation angeblich verlangen soll, hindert dies nicht; denn wie oben hinter Anm. 105 ff. ausgeführt ist, ist es ganz etwas anderes: eine Gegenforderung aufzurechnen als: gegen eine Forderung aufzurechnen. Das Wahlrecht über die aufzurechnenden Gegenforderungen ist ein selbstverständliches Recht des Kompensanten, nicht so das Recht, gegen welche Forderung aufzurechnen sei; vergl. unten bei Anm. 221.

[119]) Vergl. oben Anm. 101 und 106.

[120]) Vergl. oben bei Anm. 106.

[121]) Ueber den Begriff vergl. Anm. 102.

Digitized by Google

der Aufrechnung einer Forderung, gegen welche der Kompensant (mehrfacher Gläubiger) eine seiner mehreren Gegenforderungen aufrechnete, gegen eine andere Gegenforderung zulässig.[122])

Wenn aber der mehrfache Schuldner die Aufrechnung erklärt, so greifen die §§ 150—159 I 16 A.L.R. ein.

In erster Linie soll ein formelles Uebereinkommen der Parteien (§ 150 a. a. O.) entscheidend sein. Hiermit ist zunächst an ein der Aufrechnungshandlung vorhergehendes Uebereinkommen, d. i. ein pactum de nominibus compensandis, gedacht. Liegt ein solches vor, so bedarf die Aufrechnungserklärung keiner Anrechnungsbestimmung, selbst wenn mehrere Forderungen gegenüberstehen, vorausgesetzt natürlich, daß das pactum Anrechnungsvertrag, nicht Aufrechnungsvertrag in dem Sinne ist, daß dadurch die allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit modifizirt werden sollen.[123])

Bis hierher enthält das preußische Recht keine Abweichungen vom gemeinen Recht; denn auch dort ist mangels einer Anrechnungsbestimmung des Kompensanten in erster Linie ein diesen Fall vorsorgendes pactum de nominibus compensandis maßgebend. Einem Uebereinkommen gleich stellt nun aber das Landrecht (§§ 151, 152 I 16) die Anrechnungsbestimmung des Kompensanten, falls ihr der Gegner binnen einer bestimmten Frist nicht widersprochen hat.[124])

Diese Bestimmung ist vielfach ausgelegt worden. Die Einen[125]) sind der Ansicht, die Erklärung des Kompensanten sei in ihrem gesammten Umfange nur eine Offerte und werde bei Erklärung des Widerspruchs wirkungslos; die Anderen[126]) meinen, daß die Erklärung des Kom-

[122]) Vergl. oben hinter Anm. 108.

[123]) Vergl. unten bei Anm. 234.

[124]) Das gemeine Recht und — wie wir sehen werden — das B.G.B. betrachten die Anrechnungsbestimmung des Kompensanten als das Primäre; in ihrer Ermangelung greift die gesetzliche Anrechnungsreihenfolge Platz. Das preußische Recht stellt sich die Zahlung und folgeweise auch die Aufrechnung prinzipiell ohne Anrechnungsbestimmung vor und läßt dann primär den Vertrag, dispositiv das Gesetz maßgebend sein. Liegt eine Anrechnungsbestimmung vor, so betrachtet das A.L.R. dieselbe, soweit sie unwiderprochen blieb, als präsumtiven Vertrag.

[125]) Motive zum I. Entw. e. B.G.B. Bd. II S. 86.

[126]) Entsch. des Ob.Trib. vom 9. Oktober 1855 in Striethorsts Archiv Bd. XVIII S. 190.

Digitized by Google

penſanten eine einſeitig bindende Willenserklärung ſei, und zwar mit abſoluter Kraft verbindlich, ſo daß der Widerſpruch nur ein Gegenrecht des Aufrechnungsgegners ſei. Die ganze Tragweite dieſer Kontroverſe erhellt erſt bei der Beweislaſtvertheilung im Prozeß. Die Anhänger der erſtgenannten Anſicht müſſen dem Aufrechnenden, welcher ſich im Prozeſſe auf die Abgabe einer Aufrechnungserklärung beruft, die Beweislaſt auferlegen, daß dieſe Erklärung unwiderſprochen blieb, d. h. Uebereinkommen wurde, die Anhänger der zweitgenannten Theorie müſſen — und ſie thun es auch wirklich[127]) — dem Aufrechnungsgegner den Nachweis auferlegen, daß er der Aufrechnungserklärung in der gegebenen Friſt widerſprach, alſo ſein Gegenrecht verwirklichte.

Beide Anſichten ſind m. E. in gleicher Weiſe in ihrer Extremität nicht haltbar. Wäre die erſte Anſicht, welche beim Gegenüberſtehen mehrerer aufrechenbaren Forderungen in der Aufrechnungserklärung ein bloßes Angebot erblickt, richtig, ſo würde der Widerſpruch des Gegners das angebliche Angebot aus der Welt ſchaffen, d. h. die Aufrechnungserklärung würde als nicht erfolgt gelten. Dies iſt aber nicht der Fall. Der erklärte Widerſpruch hat nur eine abweichende Anrechnungsart, nicht Zurückweiſung der Aufrechnung, d. i. der Leiſtung, zur Folge. Dieſe total verſchiedene Wirkung iſt im B. G. B. (§ 396 Abſ. 1 und 2) zum Ausdruck gebracht.[128]) Unrichtig iſt aber auch die zweite Anſicht, daß die Aufrechnungserklärung als ſolche wirke. Wäre das Beſtimmungsrecht des mehrfachen Schuldners — wie es das thatſächlich im B. G. B. iſt[129]) — das Primäre und prinzipiell als ſolches durchgreifend, ſo müßte im Falle, daß die Aufrechnung *ohne* Beſtimmung erfolgt, — wie dies thatſächlich im B. G. B. der Fall iſt[130]) — die geſetzliche Anrechnungsreihenfolge eintreten, nicht aber dürfte das Beſtimmungsrecht — wie im § 152 I 16 A. L. R. — auf den Aufrechnungsgegner übergehen, bei welchem es wiederum nicht abſolut wirkt, ſondern nur, ſoweit kein Widerſpruch des Kompenſanten erfolgte.

[127]) Rehbein, Entſch. 1891 Bd. III S. 15 in der Note zu dem in voriger Anm. citirten Urtheil des Ob. Tribunals.

[128]) Vergl. unten bei Anm. 183.

[129]) Vergl. unten bei Anm. 202.

[130]) Vergl. unten Anm. 206. Allein wäre dieſer Grund freilich nicht ausſchlaggebend, da nach Dernburg, a. a. O. Pandekten Bd. II § 55, auch im gemeinen Recht bei Nichtausübung durch den Schuldner das Beſtimmungsrecht auf den Gläubiger übergeht.

Digitized by Google

Durchschlagend gegen die zweite Ansicht aber spricht der Wortlaut des § 153 I, 16 A. L.R. Nachdem erst im § 150 a. a. O. ausdrücklich das „Uebereinkommen" als das in erster Stelle Maßgebende erklärt, und sodann — man beachte wohl — in den §§ 152, 153 a. a. O. keineswegs subsidiär eintretende Anrechnungsregeln, sondern vielmehr den § 150 a. a. O. erläuternde und exemplifizirende Auslegungsvorschriften gegeben worden sind, fährt § 153 a. a. O. wörtlich fort: „Ist kein Uebereinkommen unter den Parteien vorhanden" u. s. w. Und die nun folgenden Paragraphen werden alle mit Worten eingeleitet, welche das Subsidiäre ihrer Anwendbarkeit markant kennzeichnen. Es ist also unzweifelhaft, daß die Bestimmung des Kompensanten nur wirkt, soweit sie unwidersprochen blieb, d. h. Uebereinkommen wurde.[131])

Will man sich die Natur der Zahlung bezw. Aufrechnung im Fall des Gegenüberstehens mehrerer aufrechenbaren Forderungen klar machen, so braucht man bloß die zwei Elemente zu unterscheiden, die in jeder Zahlung stecken: die numeratio und die solutio. Die numeratio (Aufrechnung) ist kein Angebot und unwiderruflich und unwidersprechlich durch die Hingabe des Geldes bezw. die Erklärung der Aufrechnung bewirkt. Die solutio (Anrechnung) bedarf zu ihrer Grundlage des Parteiübereinkommens, eventuell vollzieht sie sich bei mangelndem Konsens in der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge.[132]) Diese Thatsachen sind ein Belag des oben[133]) festgestellten Grundsatzes, daß der Widerspruch sich nicht gegen die Aufrechnungserklärung als solche, sondern gegen die mit ihr verbundene Anrechnungsbestimmung richtet. Alles in Allem genommen, muß die Aufrechnungserklärung beim Gegenüberstehen mehrerer aufrechenbaren Forderungen, um als solutio wirksam zu sein, den Anrechnungsregeln der §§ 150—159 I 16 A. L.R. entsprechen. Man darf deshalb aber nicht glauben, daß die Aufrechnung beim Gegenüberstehen mehrerer aufrechenbaren Forderungen nur durch Vertrag oder Richterspruch vollzogen werden könnte. Eine solche Ansicht würde den Akt der Vollziehung der Aufrechnung verwechseln mit den Voraussetzungen, unter welchen allein er wirksam vollzogen werden

[131]) Genau so Ob.Trib. Entsch. vom 2. Juli 1875 in Striethorst's Archiv Bd. LXXXXIV S. 95, 96.

[132]) So auch Deichmann a. a. O. S. 284.

[133]) Vergl. oben vor Anm. 13.

Digitized by Google

kann. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen stellt eventuell der Richter fest, er vollzieht aber keineswegs die Aufrechnung. Sollte er zu dem Ergebniß gelangen, daß die Anrechnungsregeln der §§ 150—159 I, 16 A. L.R. von dem Kompensanten nicht beobachtet worden sind, so würde er deklaratorisch, aber nicht konstitutiv, feststellen, daß eine andere Forderung als die bestimmte als durch die Aufrechnung getilgt anzusehen sei.

Was nun den im § 151 I, 16 A. L.R. geschaffenen Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung bezw. die mit ihr verbundene Anrechnungsbestimmung anlangt, so ist er ohne Zweifel ein Rechtsgeschäft, welches außergerichtlich zu erklären ist und als solches wirkt. Sein Zweck und Erfolg ist, die aufgerechnete Gegenforderung gegen eine dritte Forderung anzurechnen, d. h. an Stelle der Forderung, gegen welche die Gegenforderung aufgerechnet wurde, eine andere einzuschieben.[134]) Es ist aber im preußischen Recht die Erklärung des Widerspruchs nicht die Ausübung eines das Bestimmungsrecht des Kompensanten überwindenden Gegenrechts,[135]) sondern die Ablehnung einer geforderten Zustimmung zum Abschluß eines von den gesetzlichen Regeln abweichenden Anrechnungsvertrages. Das im Falle des Gegenüberstehens mehrerer aufrechenbaren Forderungen an gewisse Schranken gebundene Anrechnungsrecht des Kompensanten bedarf, falls er sich über diese Schranken hinwegsetzen will, zu seiner Ausübung der Nichterklärung des Widerspruchs als conditio juris.[136]) In analoger Weise ist im § 153 I, 16 A. L.R. die Nichterklärung des Widerspruchs des Kompensanten conditio juris für die Wirksamkeit der Bestimmung des Aufrechnungsgegners.[137]) Der Widerspruch des Aufrechnungsgegners ist nach alledem im preußischen

[134]) Es rechnet eben nicht der Aufrechnungsgegner seine zweite Forderung gegen die Gegenforderung des Kompensanten auf, sondern bewirkt die Aufrechnung jener Gegenforderung gegen seine zweite Forderung; vergl. oben vor Anm. 1.

[135]) So im B. G.B.; vergl. unten im § 7.

[136]) Die oben bei Anm. 11 für das B. G.B. gegebene Konstruktion verschiebt sich etwas für das preußische Recht.

[137]) Letzteres nach Dernburg, a. a. O. Pandekten Bd. II § 55 auch nach gem. R. Daß der mehrfache Gläubiger, wenn er Aufrechnungs*gegner* ist, nicht wie in dem Falle, da er Kompe*nsant* ist, diejenigen seiner Forderungen, welche zur Aufrechnung kommen sollen, frei bestimmen kann, kann nicht — wie Teichmann a. a. O. S. 290 meint — „Befremden erregen", sondern ist nach den oben in Anm. 106 gemachten Ausführungen durchaus natürlich.

Digitized by Google

Recht nicht nur keine Gegenaufrechnungserklärung (compensatio compensationis), sondern noch nicht einmal die Geltendmachung eines selbständigen Gegenrechts, vielmehr — wie Kohler,[138]) allerdings nicht in ganz demselben Sinne, richtig bemerkt — die Korrektur einer unrichtig geleiteten Auf-(An-)rechnung des Kompensanten.

Dieser Satz hat für die Beweislast die wichtige Folge, daß es nicht ausreicht, wenn der Kompensant, der seine Aufrechnung auf § 151 I, 16 A. L.R. stützt, nachweist, er habe die und die Forderung zur Aufrechnung mit seiner Gegenforderung bestimmt, sondern der Aufrechnende muß nachweisen, daß seine Bestimmung unwidersprochen geblieben ist, d. h. Uebereinkommen wurde. Erbietet er sich nicht von Haus aus zu diesem Beweise, so ist seine Klage bezw. Einrede unsubstanzirt und zurückzuweisen; erklärt der Aufrechnungsgegner, er habe widersprochen, so ist dies Vorbringen ein Leugnen der Klage oder Einrede, und der Aufrechnungsgegner dafür nicht beweispflichtig.[139])

Das Ergebniß ist danach, daß die mit der Aufrechnungserklärung verbundene Anrechnungsbestimmung von Haus aus im gemeinen und preußischen Recht dieselbe Natur hat. Während sie diese Natur aber im gemeinen Recht auch beim Gegenüberstehen von mehreren aufrechenbaren Forderungen beibehält, wird sie im preußischen Recht, wenn

[138]) A. a. O. Ztschr. f. Civ.Prax. Bd. XX S. 54.

[139]) Die Sachlage ist ebenso wie bei der Klage aus einem gegenseitigen Vertrage nach preußischem Recht. Auch hier ist die Klage, wenn der Kläger nicht Erfüllung seinerseits behauptet, ex officio zurückzuweisen. Anders nach B.G.B.; vergl. Planck a. a. O. Note 1 zu § 322. Behauptet der Kläger Erfüllung, der Beklagte bestreitet sie aber, so ist dies Leugnen des Klagegrundes, und der Kläger beweispflichtig. Dabei ist es auch nach B.G.B. verblieben; vergl. Planck a. a. O. Es ist schwer begreiflich, daß diese Konsequenz niemals gezogen worden ist, trotzdem das Obertribunal in seiner oben Anm. 131 citirten Entscheidung eingehend ausgeführt hat, daß die §§ 151, 152 I 16 A.L.R. nur Auslegungsregeln für die Annahme eines Uebereinkommens enthalten. Es ist schon sehr weit gegangen, wenn man ein Uebereinkommen als vorliegend erachtet, wenn der Oblat nicht widerspricht; vers. A. Kohler a. a. O. Ztschr. f. Civ.Prax. Bd. XX S. 14; Deichmann a. a. O. S. 286, 287; Stillschweigen des Gegners gilt als Zugeständniß sonst nur vor Gericht: vergl. Stölzel, Eventualaufrechnung, a. a. O. S. 153 u. 161; wie man aber auf eine einseitige Erklärung die Vermuthung eines Solutionsvertrages stützen und dem Gegner den Beweis, er habe widersprochen, aufnöthigen kann, ist geradezu unbegreiflich.

Digitized by Google

ein solcher Fall vorliegt, in ihrer Ungebundenheit beschränkt und muß, um wirksam zu sein, in angewiesenen Bahnen gehen. Das haben Theorie und Praxis immer instinktmäßig herausgefühlt. Ungemein charakteristisch sind hierfür insbesondere zwei Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, welche beide preußische Rechtsverhältnisse betreffen. Im Bd. IX S. 110, 111 führt das Reichsoberhandelsgericht aus: Im preußischen Recht könne der Kläger die von dem Beklagten in der Klagebeantwortung geltend gemachte Gegenforderung durch eine in der Replik aufgestellte neue Forderung wenigstens mit der Wirkung abwehren, daß nunmehr mangels Vertrages die gesetzlichen Bestimmungen über die Anrechnung von Zahlungen Platz greifen; der Richter habe ohne Berücksichtigung der Anrechnungsbestimmung des Kompensanten an der Hand der §§ 153—159 I, 16 A. L. R. zu prüfen, in welcher Weise mangels Uebereinstimmung die Aufrechnung unter den Parteien nach Maßgabe des Gesetzes zu geschehen habe. So die eine Entscheidung. Die andere befindet sich in Bd. XV S. 105 ff. In derselben lag dem Reichsoberhandelsgericht der äußerst umstrittene Fall, auf den später[146]) noch zurückgekommen werden wird, vor, daß der Kläger nur einen Theil seiner Forderung eingeklagt hatte. Der Beklagte hatte mit einer Gegenforderung aufgerechnet, der Kläger aber die Widerrede erhoben, daß er gegen die Gegenforderung den nicht eingeklagten Theil seiner Forderung zur Aufrechnung bringe. Das Reichsoberhandelsgericht erklärt a. a. O. S. 107 diese Widerrede für unstatthaft mit der Begründung: „Insoweit gilt die gemeinrechtliche Regel, daß compensatio compensationis oder replica compensationis unstatthaft sei, jedenfalls auch für das preußische Recht."

Die beiden Entscheidungen ermangeln m. E. der inneren Homogenität der Anschauungsweise über die Natur des Widerspruchsrechts — die Entscheidungen identifizieren übrigens wieder „Widerspruch" und „compensatio compensationis", was nach unserer Terminologie unzulässig ist — im preußischen Recht. Die erste Entscheidung erklärt, bei mangelndem Uebereinkommen der Parteien sei die Bestimmung des Kompensanten, welchem auf Seite seines Gegners eine Mehrheit aufrechenbarer Forderungen entgegenstände, belanglos, ein Widerspruch zulässig, und die Anrechnung vollziehe sich in der gesetzlichen Reihen-

[146]) Vergl. nächste Anm.

Digitized by Google

folge. Der Extrakt dieser Entscheidung ist, daß dem kompensirenden mehrfachen Schuldner die bestimmte Anrechnung nichts nützt: eine anderweite Anrechnung vollzieht sich — nach erklärtem Widerspruch des Anrechnungsgegners — freilich nicht nach Maßgabe des freien Beliebens des Gegners, sondern nach Maßgabe der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge. Die Aufrechnungserklärung vollzog mit Wirkung für und gegen beide Theile einseitig nur die numeratio: zwecks Zustandekommens einer solutio bedarf es bei Außerachtlassung der gesetzlichen Anrechnungsregeln der mindestens stillschweigenden Zustimmung des Aufrechnungsgegners; insoweit war zwar nicht die Aufrechnungserklärung, wohl aber die Anrechnungsbestimmung nur eine Offerte. Am letzten Ende bewirkt der Widerspruch des Gegners nach § 159 I 16 A.L.R. immer noch eine verhältnißmäßige Anrechnung der aufgerechneten Gegenforderung auf die mehreren gegenüberstehenden Forderungen.

Um so auffälliger ist es, wenn die zweite Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts den Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung, und zwar den Widerspruch des mehrfachen Gläubigers, verwirft mit der Begründung, „insoweit" gelte das gemeinrechtliche Verbot des compensatio compensationis auch für das preußische Recht. Man braucht überhaupt gar nicht auf den Fall näher einzugehen, um festzustellen, daß die Entscheidung prinzipiell verfehlt ist. Ein Verbot des Widerspruches für den mehrfachen Gläubiger, wie es im gemeinen Recht gilt, gilt eben im preußischen Recht in keiner „Weite". Der Widerspruch des Aufrechnungsgegners mußte unter allen Umständen — wenn er frist- und formgerecht erhoben war — zugelassen werden, mochte seine Erhebung auch praktisch zu keinem von der Aufrechnungserklärung abweichenden Ergebniß führen.[141])

[141]) Letzteres würde der Fall sein, wenn man in der Einklagung einer bestimmten Rate eine frühere Einforderung derselben erblickt. Dies ist aber eine bedenkliche Interpretation des § 155 I 16 A.L.R. Gegen das R.O.H.G. auch Eccius a. a. O. Bd. I S. 604, Note 74. Dem R.O.H.G. hat sich der erste Hülfssenat des R.G. (Entsch. in Civ.S. Bd. VII S. 243) angeschlossen. Anders das Obertribunal (Entsch. Bd. LXXVII, S. 228; Rehbein, Entsch. Bd. III S. 165) und das Reichsgericht III. Senat (Entsch. in Civ.S. Bd. XIII S. 175), letzteres allerdings für das gemeine Recht, das aber hier in keinem Gegensatz zum preußischen Recht steht. Für das Obertribunal spricht sich auch Oppenheim bei Gruchot Bd. XXVIII S. 305 ff. aus. Die Ansicht des R.O.H.G. ist

Digitized by Google

In fast wörtlicher Uebereinstimmung mit dem Vorgetragenen bemerkt auch Rehbein: „Das gesetzmäßig ausgeübte Kompensationsrecht wirkt zwar auch nach preußischem Recht wider den Willen des Gläubigers und kann nicht willkürlich von ihm wirkungslos gemacht werden; aber, ob das Recht gesetzmäßig ausgeübt, bestimmt sich eben, wenn mehrere Forderungen einer Gegenforderung gegenüberstehen, danach, ob der Schuldner, falls er gezahlt, die Anrechnung der Gegenforderung auf die eingeklagte Forderung hätte verlangen können.“ [142])

Nach alledem können wir den Standpunkt des preußischen Rechts in folgende Sätze zusammenfassen:

I. Gegen die Aufrechnungserklärung des kompensirenden mehrfachen Gläubigers ist ceteris paribus wie im gemeinen Recht weder eine rechtsgeschäftliche compensatio compensationis noch ein Widerspruch zulässig.[143])

II. Gegen die Aufrechnungserklärung des kompensirenden mehrfachen Schuldners ist nach Maßgabe des § 151 I, 16 A.L.R. stets ein Widerspruch zulässig. Die Anrechnungsbestimmung entscheidet also hier nicht.[144])

---

jedenfalls nicht zu billigen. Entweder man nimmt mit dem Obertribunal a. a. O. an, daß eine theilweise Einklagung die Forderung in ihrer Einheit unberührt läßt, dann kann der Kläger selbstverständlich Anrechnung der Gegenforderung auf die ganze Forderung und dann auch auf den nicht eingeklagten Theil derselben verlangen, indem nämlich seine Theilklage gewissermaßen dem agere cum compensatione entspricht. Oder aber man nimmt mit dem R.O.H.G. an, daß eine Theilklage die Forderung in zwei selbständige Forderungen zerlegt, dann muß die Replik des Klägers — wie Eccius a. a. O. richtig bemerkt, — wenn nicht der Fall des § 155 I 16 A.L.R. vorliegt, mindestens den Erfolg haben, daß sie gemäß § 159 I 16 A.L.R. eine verhältnißmäßige Anrechnung auf beide Forderungstheile bewirkt. Vergl. über die viel erörterte Frage noch Zittelmann, Ztschr. für deutsch. Civilprozeß Bd. VIII S. 254 ff.; Koch, Kommentar, 8. Aufl. 1886, Bd. II Note 69 zu § 375 I 16 A.L.R.; Leonhard a. a. O. S. 175, 176.

[142]) Entscheidungen Bd. III S. 166, 167 in der Note.

[143]) Ueber die Zulässigkeit der Berufung auf ein entgegenstehendes pactum de nominibus compensandis vergl. oben Anm. 78, 92, 114.

[144]) Unzulässig wäre die Erhebung eines Widerspruchs aus § 151 I 16 A.L.R., wenn man der von Rehbein vertretenen, von uns aber verworfenen — vgl. oben Anm. 115 — Ansicht beiträte, in dem Falle, wenn der Kompensant unter Uebergehung einer Zins- oder Kostenforderung gegen die Hauptforderung aufrechnet. In diesem Fall würde auch im preußischen Recht ein Fall existiren.

Digitized by Google

Dieser Widerspruch ist aber keine compensatio compensationis, d. h. keine Aufrechnung einer der mehreren dem Aufrechnungsgegner zustehenden Forderungen gegen eine Gegenforderung, welche bereits gegen eine andere jener mehreren Forderungen aufgerechnet worden war. Dies folgt für das preußische Recht schon aus der allgemeinen Definition des Widerspruchs als Ablehnung der Offerte zum Abschluß eines Anrechnungsvertrages. Wir werden aber auch im B. G. B., wo das Widerspruchsrecht ein selbständiges Gegenrecht ist, sehen, daß er keine compensatio compensationis ist.[145]) Hier sei bemerkt: Durch die Aufrechnung der Gegenforderung seitens des Kompensanten ist diese erloschen. Gegen eine erloschene Forderung kann man aber nicht mehr aufrechnen, eventuell wäre eine solche Aufrechnung nichtig.[146]) Der Widerspruch vermag daher wohl, die aufgerechnete (erloschene) Gegenforderung anzurechnen, aber nicht dieselbe zu einer Forderung, gegen welche aufgerechnet wird, zu machen. Die Festhaltung dieses Unterschiedes ist von größter Bedeutung für den Prozeß, wie wir dies noch unten sehen werden.[147]) Der Satz: „Compensatio compensationis non datur" gilt im preußischen Recht ebenso wie im gemeinen Recht; denn der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung ist keine compensatio compensationis,[148]) weil er überhaupt keine compensatio ist.[149])

---

wo die Prävention des auf- und anrechnenden mehrfachen Schuldners entscheidend würde.

[145]) Vergl. unten bei Anm. 221 und 230.

[146]) Vergl. Planck a. a. O., Note 2 zu § 387.

[147]) Vergl. unten bei Anm. 279 und 292.

[148]) Wenn daher Eccius a. a. O. Bd. I S. 604 Note 74 bei. mit Rücksicht auf die generelle Zulässigkeit des Widerspruchs meint, der Satz: „Compensatio compensationis non datur" sei im preußischen Recht „auf ein bescheidenes Maß der Anwendbarkeit eingeschränkt", — ähnlich übrigens Dernburg, Preuß. Priv.R. Bd. II § 106 Note 1, — so beruht diese Ansicht u. E. auf einer Verkennung des Begriffs der compensatio compensationis. Praxis und Theorie haben die Scheidewand, welche die erste Eventualität der compensatio compensationis (vergl. § 1 am Anfang) von dem Widerspruch trennt, bei dem Ineinanderübergehen der zu Grunde liegenden Fälle aus den Augen verloren. Spuren, daß man sich aber dieses Unterschiedes bewußt war, zeigen sich indessen noch; vergl. oben hinter Anm. 68. Allerdings zieht der Eventualfall der compensatio compensationis, welche in der Aufrechnung einer zweiten Forderung gegen die aufgerechnete Gegenforderung besteht, nicht schon

Digitized by Google

§ 6.

Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung nach § 396 B.G.B.

1. Geschichte.

Der die Grundlage des Standpunktes des B.G.B. in der Behandlung der Aufrechnung bildende § 388 ist bereits oben [150]) an die Spitze der Abhandlung gestellt worden. Nach ihm ist die Aufrechnung ein außergerichtliches einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.[151])

Die Motive [152]) bemerken dazu: „Sind die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung vorhanden, so hat jeder Theil das Recht, mit seiner Forderung gegen die Forderung des anderen Theiles aufzurechnen. Dieses Recht verwirklicht er durch die von ihm, im Prozesse oder außerprozessualisch, dem anderen Theile gegen-

---

wie der, welcher in der Aufrechnung der Forderung, gegen welche die Gegenforderung aufgerechnet wurde, gegen eine zweite Gegenforderung gipfelt, den Unterschied so klar ans Licht; denn dieser bringt nicht, wie jener, Forderungen in compensationem, welche sich nicht schon darin befanden. Der Unterschied besteht aber doch und fällt im Prozeß — vergl. vorige Anmerkung — ins Gewicht. Der Widerspruch ist eben überhaupt keine Aufrechnungs-, sondern eine Anrechnungserklärung; vergl. oben vor Anm. 13. Es mag ja sein, daß man den Satz „Compensatio compensationis non datur" bei der fast selbstverständlichen Unzulässigkeit einer eigentlichen Gegenaufrechnungserklärung schließlich auf das schrankenlos freie Anrechnungsrecht des zuvorgekommenen kompensirenden mehrfachen Schuldners im gemeinen Recht zurückgeführt hat. Dies kann uns aber nicht veranlassen, den Widerspruch in §§ 151 I 16 A.L.R., 396 B.G.B. fürderhin „compensatio compensationis" zu nennen, obgleich derselbe gar keine compensatio ist. Auch der Ausdruck „replica compensationis" ist auf das außergerichtliche Rechtsgeschäft des „Widerspruchs" unanwendbar, zumal man bisher — vergl. oben hinter Anm. 140 — die Ausdrücke „compensatio compensationis" und „replica compensationis" promiscue gebraucht hat. Man werfe beide Ausdrücke getrost über Bord; Deichmann a. a. O. S. 286 braucht noch „replica compensationis" für „Widerspruch".

[149]) Ueber die Zulässigkeit einer Berufung auf das Vorliegen eines entgegenstehenden pactum de nominibus compensandis vergl. oben Anm. 78, 92, 114 und 143. Die Vertheilung der Beweislast im Einzelnen, auch bei mangelnder Anrechnungsbestimmung — vergl. oben Anm. 114 a. E. — wird im § 8 besprochen werden.

[150]) Vergl. oben hinter Anm. 3.

[151]) So auch Planck, a. a. O. Note 1 zu § 388.

[152]) Motive II S. 106, 107.

Digitized by Google

über abgegebene Willenserklärung, daß er seine Forderung gegen die des Anderen aufrechne. Durch diese einseitige, in ihrer Wirkung von der Annahme des anderen Theiles unabhängige Willenserklärung bringt der Erklärende die sich gegenüberstehenden Forderungen in dem sich deckenden Betrage zum Erlöschen. Die Aufrechnung ist hiernach ein einseitiges Rechtsgeschäft des Aufrechnenden, welches in seiner Wirksamkeit davon abhängig ist, daß es dem Betheiligten gegenüber vorgenommen wird ..... Der Entwurf folgt, indem er die Aufrechnung, bezw. deren Wirkung von der Willenserklärung dessen, welcher sich hierauf beruft, abhängig macht, durchaus dem geltenden Rechte."[153]) Daß das bürgerliche

[153]) Die Motive a. a. O. II S. 107 sehen darin eine Neuerung in der Behandlung der Aufrechnung durch das B.G.B., daß es von der prozessualischen Geltendmachung der Aufrechnung absieht. Ob dies wirklich eine Neuerung ist, muß nach den oben in der Anmerkung 3 gemachten Ausführungen bezweifelt werden. Sicher ist, daß das B.G.B. die Frage, ob die Aufrechnung ein gewöhnliches einseitiges Rechtsgeschäft oder eine Prozeßhandlung sei, allen Kontroversen entzogen hat. Kohler's erneute Differenzirung zwischen der Aufrechnung außer- und innerhalb des Prozesses ist bereits oben Anm. 10 besprochen worden. — Die Festlegung dieses Standpunktes hat eine veränderte Fassung des Absatzes 2 des § 293 C.P.O. in der Civilprozeßnovelle zur Folge gehabt. Derselbe (§ 322) lautet: „Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung (statt: eine Gegenforderung „mittels Einrede") geltend gemacht, so ist die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrags, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist (statt: „mit welchem aufgerechnet werden soll"), der Rechtskraft fähig". Die durch Sperrung markirten Worte sind die durch die Festlegung des prinzipiellen Standpunkts des B.G.B. gebotenen redaktionellen Aenderungen. Daß die Rechtskraft aus dem neu redigirten § 293 (322) Abs. 2 C.P.O. sich im Gegensatz zu dem alten auf Entscheidungen beschränkt, welche sich über das Nichtbestehen der zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderung aussprechen, interessirt hier nicht; vergl darüber Stölzel a. a. O. Eventualaufrechnung, S. 86, 87. Ueber die Zweifel, die sich darüber erheben, ob im Anwaltsprozeß die Prozeßvollmacht den Anwalt fortan auch zur Abgabe einer Aufrechnungserklärung, die ja von nun an keine bloße Prozeßhandlung mehr ist, bevollmächtigen wird, vergl. Planck a. a. O. Note 1 zu § 388. Ebensowenig wie die Aufrechnungserklärung ist der Widerspruch gegen sie eine Prozeßhandlung; vergl. darüber oben bei Anm. 10. Schließlich nimmt die Civilprozeßnovelle auch noch eine Neuredaktion der §§ 136, 274 (145, 302) C.P.O. in Aussicht, wobei besonders die Festlegung des Urtheils aus § 274 C.P.O. als „Vorbehaltsurtheil" interessirt. Thatsächlich hatte es diese Natur von jeher; vergl. Kohler, der Prozeß als Rechtsverhältniß, 1888,

Digitized by Google

Gesetzbuch auf dem Standpunkt der einseitigen Aufrechnungserklärung steht, kann füglich nicht bezweifelt werden.

Nun sagt aber der § 396 B.G.B., der die sedes materiae für unsere Frage bildet, Folgendes:

„Hat der eine oder der andere Theil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Theil die Forderungen bestimmen, die gegen einander aufgerechnet werden sollen. Wird die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt, oder widerspricht der andere Theil unverzüglich, so findet die Vorschrift des § 366 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Schuldet der aufrechnende Theil dem anderen Theile außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten, so finden die Vorschriften des § 367 entsprechende Anwendung."

Dieser Paragraph hat ebenso wie die in Bezug genommenen Bestimmungen über die Anrechnung von Zahlungen eine wechselvolle Geschichte gehabt, auf die hier, als zu seinem Verständniß erheblich, näher eingegangen werden muß.

Der § 284 des I. Entwurfs, welcher die Stelle des jetzigen § 396 B.G.B. vertrat, gab „dem aufrechnenden Gläubiger" das Wahlrecht unter den Forderungen, welche durch die Aufrechnung erlöschen sollten. Er kodifizirte damit, wie die Motive[134]) sagen, im Gegensatz zum preußischen und französischen Recht die „herrschende gemeinrechtliche Ansicht". Die Fassung des § 284, wonach das Wahlrecht dem aufrechnenden Gläubiger gegeben wurde, war zweideutig und konnte dem Mißverständniß Raum geben, als ob damit die selbstverständliche Thatsache ausgesprochen werden sollte, daß der kompensirende mehrfache Gläubiger jede beliebige seiner

S. 78, 112, 135, 137; vers. a. a. O. Ztschr. für Civilprozeß Bd. XX S. 1 ff. Doch ist anzuerkennen, daß die ausdrückliche Anerkennung und spezielle Ausgestaltung des Instituts des „Vorbehaltsurtheils" im § 274 (302) C.P.O. ein weiterer gewichtiger Beleg dafür ist, daß die Aufrechnung durch einseitige Parteierklärung vollzogen wird, und daß eine Nichtberücksichtigung dieser Erklärung und der dadurch bewirkten Schuldtilgung eine nachträgliche Aufhebung des „Vorbehaltsurtheils" und Verurtheilung des Aufrechnungsgegners zur Tragung der Kosten und zum Schadensersatz nothwendig macht. Von diesem Gesichtspunkt aus sind die Aenderungen der Civilprozeßnovelle auch für unsere Frage bedeutungsvoll; vergl. oben Anm. 48, unten § 8 a. E.

[134]) Motive II S. 110.

Digitized by Google

Gegenforderungen zur Aufrechnung verwenden dürfe.[155]) Daß dies thatsächlich nicht die Absicht des Gesetzgebers war, daß dieselbe vielmehr in Wahrheit dahin ging, die in der gemeinrechtlichen Praxis herrschende Lehre, welche das freie Aurechnungsrecht dem Kompensanten[156]) giebt, zu kodifizieren, erhellt nicht nur aus der Fassung des § 282 des I. Entwurfs („die Aufrechnung erfolgt durch eine von dem einen Gläubiger gegenüber dem anderen Gläubiger abzugebende Willenserklärung"), welcher beide Parteien „Gläubiger" nennt, sondern auch daraus, daß die Aenderung der Fassung im § 340 des II. Entwurfs („der aufrechnende Theil" statt „der aufrechnende Gläubiger") auf die Initiative der Redaktionskommission zurückzuführen ist, danach als materielle Aenderung nicht angesehen wurde.

„Die Wahl des Aufrechnenden", führen nun die Motive[157]) weiter aus, „ist ein Bestandtheil der Aufrechnungserklärung; sie muß auch dem anderen Theile erklärt sein. Sie ist aber keineswegs ein essentieller Bestandtheil der Kompensationserklärung in dem Sinne, daß, wenn die Wahl nicht erklärt ist, nun die Aufrechnungserklärung selbst nicht wirksam, die Aufrechnung als nicht geschehen anzusehen wäre." Der § 284 des I. Entwurfs verweist demnach für den Fall, daß der Gläubiger sein Wahlrecht nicht ausgeübt haben sollte, auf die Vorschriften über die Anrechnung von Zahlungen.

Diese im Paragraph 267 Abs. 2 des I. Entwurfs enthaltenen Bestimmungen erklärten, daß in Ermangelung einer Bestimmung die Leistung zunächst auf die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden auf die dem Schuldner lästigere,[158]) unter mehreren gleich lästigen auf die ältere, und bei gleichem Alter der Schulden auf jede derselben verhältnißmäßig anzurechnen sei. Bemerkenswerth ist,

[155]) Vergl. oben hinter Anmerkung 105.

[156]) Vergl. oben Anmerkung 104; d. h. also ganz im Sinne der gemeinrechtlichen Präventionstheorie, welche auch dem aufrechnenden mehrfachen Schuldner ein freies Aurechnungsrecht giebt.

[157]) Motive II S. 110.

[158]) Durch Fortlassung der Worte: „in Ansehung des Zinssatzes", welche sich im § 157 I 16 A.L.R. finden, ist eine wohlthätige weitere Auslegung ermöglicht. So ist z. B. in unserem, oben zu Beginn des § 2 gegebenen Falle, die Miethszinsschuld Schmidt's, wegen derer ihm Ermission droht, die ihm „lästigere". So auch Planck, a. a. O. Note 3c zu § 366 B.G.B.

Digitized by Google

daß bei der Anrechnung von Zahlungen auch in dem Falle, wenn außer der Hauptforderung Kosten und Zinsen zu entrichten waren, das Recht des Wahlberechtigten nicht geschmälert war. § 268 des I. Entwurfs erklärt auch für diesen Fall die Bestimmung des zahlenden Schuldners hier in erster Linie maßgebend. Die Motive [159]) bemerken hierzu ausdrücklich, daß ein Widerspruch des Gläubigers unbeachtlich sein würde, es sei denn, daß er wegen Vorliegens einer Theilleistung im Sinne des § 228 des I. Entwurfs zur Ablehnung der Leistung berechtigt sein sollte. Anlangend den Fall einer Aufrechnung erklären die Motive [160]) noch weitergehend ausdrücklich: „Eine ... Bestimmung des aufrechnenden Gläubigers, daß die Gegenforderung zunächst auf die Hauptschuld oder vor den Kosten auf die Zinsen abzurechnen sei, wäre auch keineswegs wirkungslos (s. sächs. G.B. §§ 993, 977 Satz 2, bayr. Entw. Art. 184, 169 Abs. 2). Muß sich der Gläubiger Theilaufrechnung gefallen lassen, so ist es nur folgerichtig, daß der Aufrechnende bei der Aufrechnung eine solche Bestimmung mit rechtlicher Wirkung treffen kann (hess. Entw. und Dresd. Entw. a. a. O.)" [161])

Zusammenfassend können wir sagen, daß die Lehren des I. Entwurfs über die Aufrechnung und Anrechnung von Zahlungen, wie der I. Entwurf im Großen und Ganzen überhaupt, absolut auf dem Boden der gemeinrechtlichen Doktrin, d. h. in diesem Falle der schrankenlosen Parteiwillkür stehen. Ein Widerspruch des Aufrechnungsgegners, der mehrfacher Gläubiger ist, bleibt wirkungslos.

Gegen den im I. Entwurfe zum Ausdruck gekommenen Standpunkt schrankenloser Parteiwillkür erhoben sich bereits im Schoße der II. Kommission Bedenken. Diese Bedenken führten zunächst bei der Berathung der Bestimmungen über die Anrechnung von Zahlungen (§ 268 Entwurf I, § 316 Entwurf II, § 361 der Reichstagsvorlage, § 367 B.G.B.) dazu, daß für den Fall, daß der Schuldner die Anrechnung auf die Hauptforderung vor der auf Zinsen und Kosten bestimmte, dem Gläubiger schlechtweg das Recht gegeben wurde, die Leistung abzulehnen.[162]) Diese Beschränkung des Wahlrechts des

[159]) Motive II S. 87.
[160]) Motive II S. 111.
[161]) Vergl. oben Anm. 115 a. E.
[162]) Protokolle der II. Kommission Bd. I S. 336, 337.

Digitized by Google

Zahlenden wurde dann von der II. Kommission auch ohne Weiteres auf das Wahlrecht des Aufrechnenden übertragen (§ 340 Abs. 2 Entwurf II, § 390 Abs. 2 der Reichstagsvorlage, § 396 Abs. 2 B.G.B.), ohne daß die Kommission[163]) sich klar machte, daß dies Ablehnungsrecht des Gläubigers zwar bei der Annahme von Zahlungen keine Anomalie, daß es dagegen wohl eine solche bei der Entgegennahme einer Aufrechnungserklärung ist. Die Kommission meint, daß, wenn sie in den Bestimmungen über die Anrechnung der aufgerechneten Gegenforderung auf Zinsen und Kosten die Bestimmungen über die Anrechnung von Zahlungen auf Zinsen und Kosten in Bezug nimmt, sie damit nur die von den Motiven des I. Entwurfs[164]) als selbstverständlich vorausgesetzte Anwendbarkeit derselben „verdeutlicht".[165]) Sie hat aber vergessen, daß sie diese Bestimmungen über die Anrechnung von Zahlungen auf Zinsen und Kosten im Gegensatz zum I. Entwurf verändert, nämlich dem Gläubiger ein Ablehnungsrecht der auf die Hauptleistung vor der auf die Zinsen- und Kostenschuld angebotenen Zahlung zugestanden hat. Durch Verweisung[166]) auf

[163]) Protokolle der II. Kommission Bd. I S. 369. Vers. Ansicht Teichmann a. a. O. Gruchots Beiträge Bd. XLII S. 589.

[164]) Motive II S. 111.

[165]) Protokolle der II. Komm. Bd. I S. 369.

[166]) Wenigstens ist dies dann der Fall, wenn auf die Grundsätze über die Anrechnung von Zahlungen auf Zinsen und Kosten in der Weise verwiesen wird, daß man im § 340 des II. Entwurfs (§ 396 B.G.B.) diese Verweisung in einem besonderen Absatz ausspricht. Dadurch macht man nämlich ihr Platzgreifen unabhängig von der im Uebrigen im Absatz 1 festgehaltenen Beschränkung des Platzgreifens der Grundsätze über die Anrechnung von Zahlungen auf den Fall des Mangels einer Bestimmung des Aufrechnenden. Es lagen der II. Kommission nach dieser Richtung hin zwei Anträge vor. Der eine (Antrag 1 Absatz 4) hat dadurch, daß er die Verweisung auf die Grundsätze der Anrechnung von Zahlungen auf Zinsen und Kosten als besonderen Absatz bezw. Paragraphen in Aussicht nimmt, die Wirkung, ihr Platzgreifen von dem Mangel einer Bestimmung des Aufrechnenden unabhängig zu machen. Der andere (Antrag 2) knüpft dadurch, daß er auch die Verweisung auf die Grundsätze der Anrechnung von Zahlungen auf Zinsen und Kosten ebenso wie die sonstige in den Schluß des § 281 des I. Entwurfs (= Absatz 1 des § 340 des II. Entwurfs = Absatz 1 des § 396 B.G.B.) einschalten will, ihr Platzgreifen an den Mangel einer Bestimmung des Aufrechnenden. Die Kommission (Protokolle Bd. I S. 369) irrt also, wenn sie meint, der Unterschied beider Anträge sei nur redaktioneller Natur, und beide entsprächen dem I. Entwurf. Der 1. Antrag thut dies nicht.

Digitized by Google

diese Grundsätze in der Lehre von der Aufrechnung hat sie eine Bestimmung, deren Einschaltung bei den Vorschriften über die Anrechnung von Zahlungen zwar keine Anomalie, sondern nur die Erweiterung eines bestehenden Grundsatzes war, auf die Aufrechnung übertragen, wo sie thatsächlich im Verhältniß zum gemeinen und in gewisser Hinsicht auch zum preußischen Recht[167]) eine Anomalie ist, hat sie einen charakteristischen Unterschied zwischen Zahlung und Aufrechnung verwischt, nämlich den, daß der Gläubiger zwar Theilzahlungen, nicht aber eine Theilaufrechnung ablehnen kann. Dies ist die erste Durchbrechung der Konsequenz zu Gunsten der Billigkeit.

Außer diesem Resultate hatte die im Schoße der II. Kommission[168]) gegen die starre Konsequenz des I. Entwurfs gerichtete Bewegung das Ergebniß, daß der im Abs. 2 des § 281 des I. Entwurfs ausgesprochene Grundsatz: „Eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, kann nicht zur Aufrechnung gebracht werden", dahin gemildert wurde, daß die Verjährungseinrede die Aufrechnung nicht ausschließen solle, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war (§ 334 Entwurf II, § 384 der Reichstagsvorlage, § 390 B.G.B.).[169]) Diese Bestimmung entsprang der Er-

und dadurch, daß die Redaktionskommission sich für ihn entschieden hat, ist eine sachliche Aenderung in das B.G.B. hineingekommen.

[167]) Der Verfasser ist allerdings — wie oben Anm. 115 eingehend dargethan ist — der Ansicht, daß nach preußischem Recht der Aufrechnungsgegner, wenn der Kompensant unter Uebergehung einer Zinsforderung gegen die Hauptforderung aufrechnet, nicht nur ein Ablehnungs-, sondern sogar ein Widerspruchsrecht, was noch weitergehend ist (vergl. unten bei Anm. 183), hat. Unbedingt war das aber nur für eine Forderung vertragsmäßiger Zinsen ausgesprochen worden, nicht auch für Verzugszinsen, wodurch dann der Grundsatz der Zulässigkeit der Theilaufrechnung nicht durchbrochen wird, wie dann auch die preußische Judikatur — vergl. Anm. 115 a. E. —, wenn sie auch Verzugszinsen als selbständige Forderung im Sinne des § 153 I 16 A.L.R. ansah, ein Widerspruchsrecht des Gläubigers gegen ihre Uebergehung offenbar nur bei stattfindender Realzahlung, nicht aber bei der Aufrechnung anerkannt hat. Von diesem Standpunkte aus enthält also erst das B.G.B. eine wirkliche Durchbrechung des Grundsatzes der Zulässigkeit der Theilaufrechnung.

[168]) Protokolle Bd. I S. 361—364.

[169]) Zugleich wurde der Absatz 2 des § 281 des I. Entwurfs als besonderer

Digitized by Google

wägung, daß es die Billigkeit erfordere, einen Gläubiger zu schützen, welcher seine Forderung im Vertrauen darauf, daß er selbst noch seinem Schuldner etwas schulde, und ihm so eine Deckung in Händen verbleibe, habe verjähren lassen.

In Fortentwickelung dieses Gedankens wurde zu § 284 des I. Entwurfs der Antrag gestellt, dem Aufrechnungsgegner ein Widerspruchsrecht für den Fall zu geben, daß der Aufrechnende die jüngere Forderung wählen sollte, und bei unverzüglicher Ausübung dieses Widerspruchsrechtes die Grundsätze von der Anrechnung von Zahlungen eintreten zu lassen.[170]) Dieser Antrag wurde indessen abgelehnt.[171])

Paragraph als erste der Beschränkungen der Aufrechenbarkeit aufgeführt (§ 331 Entwurf II, § 390 B. G. B.). Daß hierdurch eine Aenderung der Beweislast herbeigeführt ist, kann man um so weniger annehmen, als die II. Kommission den Antrag auf Emanzipirung des Absatzes 2 vom § 281 des I. Entwurfs als redaktionelle Aenderung ansieht (Protokolle der II. Komm. Bd. I S. 361, 362). Wie sich die Beweislast vertheilt, ist bereits oben bei der Untersuchung des Vorbringens gegen die Aufrechnungserklärung bei Aufrechnung von nichtkonneren Forderungen vor konneren — vergl. oben hinter Anm. 48 — erörtert worden.

[170]) Dieser Antrag wurde (Protokolle Bd. I S. 369, 370) wie folgt begründet: „Der aufrechnende Theil müsse zwar, wenn seiner Forderung mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen des anderen Theils gegenüberstehen, berechtigt sein, unter den letzteren diejenige zu wählen, welche durch die Aufrechnung getilgt werden solle, weil bis zur Vollziehung der Aufrechnung die gegenüberstehenden Forderungen einander nicht berühren; aber die Wahl dürfe nicht den anderen Theil um das Recht bringen, eine erst nach dem Eintritte der Aufrechenbarkeit verjährte Forderung, deren Verjährung er wegen der bestehenden Aufrechnungslage habe ablaufen lassen, zur Aufrechnung zu verwenden. Der § 281a (jetzige § 390 Satz 2 B. G. B.) lasse die Aufrechnung mit einer erst nach dem Eintritte der Aufrechenbarkeit verjährten Forderung zu, weil der Gläubiger, dessen Forderung eine aufrechenbare Gegenforderung gegenüberstehe, vorerst keinen Anlaß habe, sie geltend zu machen; die Hinausschiebung der Aufrechnungserklärung solle ihm nicht schaden, solange er die beiderseitigen Forderungen als auf sich beruhend ansehen dürfe. Habe der eine Theil gegen den anderen zwei zu verschiedenen Zeiten fällig gewordene Forderungen, so sei er zu der Annahme berechtigt, daß die zuerst fällig gewordene zur Ausgleichung der Forderung des anderen Theils zu dienen habe. Das Vertrauen auf die bestehende Aufrechnungslage würde ihm aber zu schwerem Schaden gereichen, wenn es nach dem Ablaufe der Verjährung der älteren Forderung dem anderen

Digitized by Google

Nach alledem war die Veränderung, welche die II. Kommission an dem § 284 des I. Entwurfs vorgenommen hatte, und die im § 340 des II. Entwurfs zum Ausdruck kam, zwar eine doppelte:

Theile freistände, seine Forderung gegen die jüngere aufzurechnen. Erst durch die Wahl der jüngeren Forderung erhalte der Gegner des Aufrechnenden Anlaß, den Willen kundzugeben, daß die verjährte Forderung aufgerechnet werden solle, und deswegen müsse ihm das Recht eingeräumt werden, der Wahl der jüngeren Forderung zu widersprechen. Die nämlichen Erwägungen müßten dazu führen, für den Fall, daß die Aufrechnung ohne Bezeichnung der zu tilgenden Forderung vollzogen werde, in der gesetzlichen Reihenfolge der älteren Forderung als der von vornherein zunächst zur Aufrechnung bestimmten die erste Stelle anzuweisen. Das geltende Recht habe zwar keine der in Vorschlag gebrachten ähnliche Bestimmung; für das gemeine Recht sei aber von der Rechtsprechung des R.O.H.G. und des R.G. die replica compensationis anerkannt, soweit es sich um konnexe Ansprüche handle. Nach franz. Recht ergebe sich aus der ipso jure eintretenden Wirkung der Aufrechnung, daß die ältere Forderung vor der jüngeren getilgt werde." Als Eventualantrag war hierzu beantragt worden, hinter dem jetzigen § 390 B.G.B. folgenden Paragraphen einzuschalten (Protokolle I S. 364, 365): „Die Verjährung einer Forderung, welche zu der Zeit, in welcher sie gegen eine andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war, ist, wenn die Aufrechnung vor Verjährung der anderen Forderung unmöglich geworden ist, als während des Zeitraums, während dessen die Aufrechnung erfolgen konnte, gehemmt anzusehen. Die Hemmung findet nur insoweit statt, als die Verjährung vor Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt vollendet wäre, in welchem die Aufrechnung unmöglich geworden ist. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt sie an Stelle der sechsmonatigen Frist. Stehen dem Gläubiger mehrere aufrechenbare Forderungen zu, so gilt die Hemmung für diejenige, welche zuerst aufgerechnet werden konnte. Sind die einander gegenüberstehenden Forderungen von verschiedenem Betrage, so gilt der überschießende Theil der Forderung von höherem Betrage als besondere Forderung".

[171]) Es wurden sowohl der Prinzipal- als auch der Eventualantrag abgelehnt aus folgenden Gründen (Protokolle I S. 370, 371): Die Begünstigung der verjährten Forderung bei der Aufrechnung rechtfertige noch nicht ein Abgehen von dem Prinzip des Wahlrechts des Kompensanten. Gerade weil der Aufrechnungsgegner wisse, daß der Kompensant unbeschränkt wählen dürfe, sei ein Vertrauen darauf, daß derselbe die ältere Forderung wählen würde, unbegründet. Unvereinbar sei ein solches Widerspruchsrecht des Gegners auch mit dem Prinzip, daß vor Abgabe der Aufrechnungserklärung die beiden Forderungen unberührt einander gegenüberständen. Vollends sei es ganz unberechtigt, wenn man schon dem Gegner ein Widerspruchsrecht zugestehe, unter Abweichung von den Regeln über die Anrechnung von Zahlungen zunächst die ältere Forderung vor der jüngeren aufzurechnen. Wenn z. B. für die ältere Forderung eine längere Ver-

Digitized by Google

I. Wie bereits oben[172]) hervorgehoben, änderte die Redaktionskommission die Worte „so steht dem aufrechnenden Gläubiger die Wahl unter den Forderungen zu“ in „so kann der aufrechnende Theil die Forderungen bestimmen“. Durch diese Veränderung war jedenfalls der Standpunkt des Gesetzes, welches das Wahlrecht dem Kompensanten, gleichgültig ob mehrfacher Gläubiger oder Schuldner, gab, verdeutlicht.

II. Das Prinzip des schrankenlosen Wahlrechts des Kompensanten wurde, wahrscheinlich unabsichtlich, dadurch durchbrochen, daß dem § 340 des II. Entwurfs ein selbständiger neuer Absatz angehängt wurde, welcher in dem Falle, daß der Aufrechnende neben der Hauptleistung Zinsen und Kosten schuldet, selbst wenn derselbe eine abweichende Anrechnung bestimmt hat, unter Verweisung auf die Vorschriften über die Anrechnung von Zahlungen dem Aufrechnungsgegner die Befugniß giebt, die Leistung abzulehnen. Der Aufrechnungsgegner kommt demnach durch diese Ablehnung nicht in Annahmeverzug.

Abgesehen von dieser, meines Erachtens unbeabsichtigten[173]) Einschränkung des Wahlrechts des Aufrechnenden blieb dasselbe aber nach § 340 des II. Entwurfs in vollem Umfange bestehen.

Um so mehr mußte es überraschen, in der Bundesrathsvorlage an Stelle des § 340 des II. Entwurfs folgenden demselben entsprechenden § 390 zu finden:

„Hat der eine oder der andere Theil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Theil die Forderungen bestimmen, die gegen einander aufgerechnet werden sollen. Wird die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt, oder widerspricht der andere Theil unverzüglich, so findet die Vorschrift des § 360 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

jährungsfrist bestände als für die jüngere, so sei dem Aufrechnungsgegner mit der im Antrage projektirten Anrechnungsreihenfolge garnicht gedient; ebenso, wenn die jüngere Forderung die lästigere sei. Der Eventualantrag aber führe zu komplizirten Rechtsverhältnissen und sei schon deshalb unannehmbar. Ueberhaupt bestehe ein solches Schutzbedürfniß, wie die Antragsteller meinten, nicht; dies erhelle daraus, daß im gemeinen Recht, wo ja die Quellen der Praxis freie Hand ließen, die replica compensationis doch nur auf konnexe Gegenforderungen beschränkt worden sei.

[172]) Vergl. oben zwischen den Anmerkungen 156 und 157.

[173]) Vergl. oben hinter Anm. 164.

Digitized by Google

Schuldet der aufrechnende Theil dem anderen Theil außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten, so finden die Vorschriften des § 361 entsprechende Anwendung."

Diese Bestimmung ist dann unverändert als § 396 in das B.G.B. übergegangen.

Bei dem Schweigen der Denkschrift fehlt uns eine offizielle Auskunft darüber, welche Erwägungen den Gesetzgeber bestimmt haben, schließlich doch noch vor Thoresschluß die weittragenden Worte „oder widerspricht der andere Theil unverzüglich" in den Paragraphen aufzunehmen. Nach Planck beruht die Aenderung auf einem von der II. Kommission bei der Revision des Entwurfes II gefaßten Beschlusse, und zwar sollen die Erwägungen ausschlaggebend gewesen sein, welche bereits die Minorität in der II. Kommission zur Stellung eines ähnlichen Antrages veranlaßt hatten.[174]) Daß die eingeschalteten neuen Worte weittragend sind, steht nach den vorhergegangenen Ausführungen außer Zweifel, und es ist schwer begreiflich, wie man hat annehmen können, daß dieser Zusatz in § 396 B.G.B. weiter nichts bedeute als eine Lösung der — übrigens äußerst seltsam konstruirten — Schwierigkeit, daß zwei Parteien in derselben Verhandlung zugleich oder unmittelbar nacheinander zwei entgegenstehende Aufrechnungserklärungen abgeben und immer wiederholen.[175])

[174]) So Planck a. a. O. Note 1 zu § 396; vergl. oben Anmerkung 170.

[175]) So Leonhard a. a. O. S. 178, 179; seine Ausführungen a. a. O. sind geradezu wunderlich. Leonhard stellt als Prinzip auf, daß die Wirkung einer einseitigen Erklärung nicht schon gerade mit dem Aussprechen der Worte eintrete, sondern daß auch noch in Betracht gezogen werden müsse, was der Gegner erwidere. Mit dieser Behauptung geräth Leonhard auf eine schiefe Ebene. Er zieht daraus z. B. die Konsequenz, daß die Kündigung eines beim Ausbleiben einer Miethsrate zur sofortigen Kündigung berechtigten Vermiethers wirkungslos sei, wenn ihm der Miether nach erklärter Kündigung noch den Rückstand anbiete. Diese Folgerung ist nicht nur von der Praxis niemals gezogen worden, sondern § 554 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. spricht direkt dagegen, wenn er — und schon das ist eine anormale Begünstigung des Miethers — verordnet: „Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn der Miether den Vermiether befriedigt, bevor sie erfolgt". Dieser Satz soll Chikanen des Vermiethers vorbeugen, denn die preußische Praxis hat bisher stets sogar schon dann Exmissionsklagen des Vermiethers stattgegeben — und sie konnte gar nicht anders —, wenn der Miether noch vor erfolgter Kündigung aber erst nach Fälligkeit gezahlt hatte. Die Bestimmungen der §§ 357, 554 Abs. 2 B.G.B. sind daher

Digitized by Google

§ 7.
Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung nach § 396 B. G.B.

2. Wesen.

Um zunächst das Verhältniß der Einschränkung des Wahlrechts des Aufrechnenden, wie sie im § 396 enthalten ist, zu den in der zweiten Kommission gestellten Anträgen festzustellen, so muß konstatirt werden, daß das Widerspruchsrecht in seiner jetzigen Gestaltung theils über diese Anträge hinausgeht, theils hinter ihnen zurückbleibt. Es geht insofern über dieselben hinaus, als es überall und unbeschränkt ausgeübt werden kann, nicht nur dann, wenn der Aufrechnende die jüngere Forderung vor der älteren tilgen will, und als es einer Begründung des Widerspruchs im Einzelnen nicht bedarf. Es bleibt aber insoweit hinter den gestellten Anträgen zurück, als der Widerspruch nur bewirkt, daß die im § 366 Absatz 2 B. G.B. enthaltenen Grundsätze über die Anrechnung von Zahlungen Platz greifen, nicht aber, daß unter Abweichung von denselben die ältere Forderung unbedingt und zuerst vor der jüngeren getilgt wird. Allerdings muß zugegeben werden, daß dieses Zurückbleiben hinter den gestellten Anträgen durchaus nicht immer auf eine Benachtheiligung des Aufrechnungsgegners hinausläuft. Eine Abweichung von den Vorschriften über die Anrechnung von Zahlungen hätte, wie die Mehrheit in der II. Kommission [176]) richtig bemerkt

nicht — wie Leonhard a. a. O. meint — überflüssig, sondern sehr nothwendige und dankenswerthe Anomalien vom Prinzip. Denn daß der in Verzug gerathene Miether sogar noch nach der Kündigung dieselbe durch Aufrechnung zu nichte machen kann, ist eine Anomalie. Eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung — und also auch die Aufrechnung — wird wirksam in dem Augenblick, da sie dem Gegner zugeht. Daß der Gegner dann noch der Aufrechnung widersprechen kann, ist nicht etwas Selbstverständliches, sondern ein einschneidendes Recht, um das — wie die oben gegebene geschichtliche Entwickelung zeigt — lange gerungen worden ist.

[176]) Vergl. oben Anm. 171. — Es ist daher im § 396 B. G.B. nicht begründet und steht mit den Ausführungen der II. Kommission auch nicht im Einklang, wenn Kohler a. a. O. Bd. XXIV S. 45 ff. in dem „Widerspruch" lediglich ein Mittel sieht, das zwischen der Gegenforderung und der älteren Forderung des Aufrechnungsgegners bestehende Kompensationsverhältniß zu verwirklichen. Gegen Kohler bereits Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, Berlin 1899, S. 111 Note 24.

Digitized by Google

hatte, auch für den Aufrechnungsgegner zweischneidig wirken können, z. B. dann, wenn die ältere Forderung, auch wenn sie nicht verjährt oder der Verjährung nahe war, vor der dem Aufrechnungsgegner eine geringere Sicherheit bietenden jüngeren Forderung zur Aufrechnung gebracht werden würde. Man kann sowohl vom Standpunkt des Aufrechnenden als auch von dem des Aufrechnungsgegners dem Gesetzgeber nur beipflichten, daß er von der für die Aufrechnung von Zahlungen geltenden Reihenfolge auch bei der für die Anrechnung der aufgerechneten Gegenforderung maßgebenden Ordnung nicht abgewichen ist.

Eine solche Abweichung war um so weniger erforderlich, als ja die von der II. Kommission[177]) in den jetzigen § 366 Abs. 2 B. G. B. aufgenommene Bestimmung, daß von mehreren fälligen Schulden in erster Linie die dem Gläubiger eine geringere Sicherheit bietende Forderung zur Tilgung gelange, auch in dem Fall anwendbar wird, wenn eine der Verjährung nahe Forderung des Aufrechnungsgegners in Frage kommt. Planck[178]) glaubt dies verneinen zu müssen, weil der Gesetzgeber mit den Worten „eine geringere Sicherheit bietende Forderung" etwas anderes gemeint habe. Mit Unrecht: Der Wortlaut des Gesetzes spricht nicht gegen unsere Auffassung, und seine Geschichte spricht sogar dafür. Wie aus den Verhandlungen der II. Kommission erhellt,[179]) war eine Reproduktion des § 156 I 16 A. L. R. beabsichtigt. In Auslegung der in diesem Paragraphen enthaltenen Worte, „bei welcher ihrer Qualität nach die wenigste Sicherheit ist", hat die preußische Praxis[180]) sich ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt, daß hierunter auch eine einer kürzeren Verjährungsfrist unterworfene Forderung falle. Man muß also auf dem eingeschlagenen Wege weiter gehen, nicht aber ihn verlassen, zumal das B. G. B. die Aufrechnung mit verjährten Forderungen in noch weiterem Umfange zuläßt, als das preußische Recht.[181]) Wenn

[177]) Protokolle der II. Komm. Bd. I S. 336.

[178]) A. a. O. Note 1 a. E. zu § 396, Note 3 zu § 366.

[179]) Protokolle der II. Komm. Bd. I S. 336.

[180]) Striethorst's Archiv Bd. LXI S. 139.

[181]) Die preußische Praxis verlangt, daß die Gegenforderung noch nicht verjährt war, als die Forderung, gegen die sie aufgerechnet werden soll, fällig wurde (Rehbein u. Reincke a. a. O. Note 141 zu § 301 I 16). Das B. G. B. § 390 läßt es damit genügen, daß die Forderung, gegen welche aufgerechnet

Digitized by Google

man hierzu noch erwägt, daß Planck[182]) selbst z. B. den Ausdruck „lästigere Forderung“ dahin auslegt, daß hierunter auch eine Schuld, an welche sich eine Vertragsstrafe knüpfe, im Gegensatze zu einer hiervon nicht bedrohten verstanden werden könnte, mit anderen Worten also zukünftige Schicksale einer Forderung für ihre ursprüngliche Natur maßgebend sein läßt, so ist nicht abzusehen, warum der Ausdruck „Forderung, die eine geringere Sicherheit bietet“, nicht in derselben Weise ausgelegt werden soll. Man wird also die Gegenforderung in erster Linie auf die der Verjährung nahe Forderung, als auf die weniger sichere, anrechnen müssen. So allein wird man dem Geiste und der geschichtlichen Entwickelung des Gesetzes gerecht.

Seltsam ist dagegen das Verhältniß des im Absatz 1 des § 396 geschaffenen Widerspruchsrechtes zu seinem Bahnbrecher, dem in Abs. 2 geschaffenen Ablehnungsrechte. Der Widerspruch im Absatz 1 bewirkt Anrechnung in der gesetzlichen Reihenfolge, die Ablehnung im Abs. 2 hat nur die Wirkung, daß die Aufrechnung als nicht erfolgt anzusehen ist.[183]) Der Aufrechnungsgegner hat also ein schwächeres[184]) Recht, wenn der Aufrechnende unter Uebergehung von Zinsen und Kosten Anrechnung seiner zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderung auf die Hauptforderung verlangt, als wenn er nur gegenüber von mehreren von einander unabhängigen Hauptforderungen in Abweichung von der — bis zu einem gewissen Grade doch immer willkürlichen — gesetzlichen Reihenfolge eine dieser Hauptforderungen zur Aufrechnung bestimmt. Dieses befremdliche Ergebniß[185]) ist durch die geschichtliche

werden soll, zur Zeit, da die Verjährung der Gegenforderung vollendet wurde, vom Schuldner getilgt werden konnte, selbst wenn sie noch nicht fällig war. Dies folgt aus der Verbindung von §§ 387, 390 B.G.B. § 387 erklärt die Aufrechenbarkeit für gegeben, wenn die geschuldete Leistung bewirkt werden könne; fällig braucht dieselbe nicht zu sein. So auch Planck a. a. O. Note 1c zu § 387 B.G.B. § 390 erklärt, daß eine verjährte Forderung aufrechenbar sei, wenn sie zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufrechenbar wurde, noch nicht verjährt war. Sie wurde aber eben aufrechenbar, sobald als die andere Forderung bezahlt werden konnte. Ist dem so, so schadet es nichts, wenn sie zur Zeit der Fälligkeit der anderen Forderung bereits verjährt war, was im preußischen Recht nicht der Fall sein darf.

[182]) A. a. O. Note 3b und c zu § 366; vergl. oben Anm. 158.

[183]) Vergl. Planck a. a. O. Note 2 a. E. zu § 396.

[184]) A. A. anscheinend Deichmann a. a. O. S. 589, 590.

[185]) Wenn man mit Rehbein a. a. O. — vergl. oben Anmerkung 115 —

Entwickelung zu Stande gebracht worden. Man wolle sich erinnern! Die II. Kommission, welche den jetzigen § 396 Abs. 1 u. 2 B. G.B. nach dem Vorbilde der §§ 366, 367 B. G.B. gestaltet hatte, gab dem Aufrechnungsgegner ursprünglich so wenig wie dem Gläubiger im Falle des § 366 ein Widerspruchsrecht. Bei einer solchen Gestaltung war das dem Aufrechnungsgegner für den Fall der Uebergehung von Zinsen und Kosten durch den Aufrechnenden gegebene Ablehnungsrecht schon eine erhebliche Konzession gegenüber dem unbeschränkten Wahlrechte des Aufrechnenden in allen anderen Fällen, gerade so wie es mutatis mutandis eine Konzession an den die Zahlung entgegennehmenden Gläubiger für diesen Fall gegenüber dem sonstigen schrankenlosen Aufrechnungsrecht des zahlenden Schuldners war. Diese dem Aufrechnungsgegner erwiesene Wohlthat ist aber dadurch, daß man ihm plötzlich in allen anderen Fällen ein Widerspruchsrecht gab, für ihn zur Plage geworden, während das Ablehnungsrecht dem Gläubiger in den §§ 366, 367 B. G.B., der ja sonst kein Widerspruchsrecht hat, immer noch ein willkommenes Recht geblieben ist.

Nach B. G.B. ist nun prinzipiell die Sachlage wieder wie im gemeinen und preußischen Recht. Jeder der beiden Theile kann die Aufrechnung erklären: „Hat der eine oder der andere Theil mehrere . . . . . Forderungen, so kann der aufrechnende Theil . . . . . bestimmen . . . . .“ Durch diese Fassung hat das B. G.B. alle im gemeinen Rechte aufgetauchten Zweifel, als könne nur entweder der mehrfache Gläubiger oder nur der mehrfache Schuldner die Aufrechnung erklären, beseitigt. Jeder der beiden Theile kann aufrechnen. Rechnet der mehrfache Gläubiger[186]) eine seiner mehrfachen Gegenforderungen gegen die eine Forderung seines Gegners auf, so kann der mehrfache Schuldner nach B. G.B. so wenig wie nach gemeinem[187]) und preußischem[188]) Recht weder eine Gegenaufrechnung noch einen

---

annimmt, daß § 375 I 16 A. L.R. die §§ 153, 154 I 16 nicht einbeziehe, so steht die Sache nach preußischem Recht für den Aufrechnungsgegner noch schlimmer, da er alsdann bei Anrechnung der aufgerechneten Gegenforderung auf die Hauptforderung unter Uebergehung der Zinsforderung weder ablehnen, noch widersprechen kann; vergl. darüber auch noch oben Anmerkung 167.

[186]) Ueber diesen Begriff vergl. oben Anm. 102.

[187]) Vergl. oben hinter Anm. 105.

[188]) Vergl. oben bei Anm. 121.

Digitized by Google

Widerspruch erklären, mit anderen Worten der Widersprechende kann durch seinen Widerspruch nicht Gegenforderungen des Kompensanten zur Aufrechnung bringen, welche derselbe garnicht aufgerechnet wissen wollte.[189]) Dies ergiebt sich sinngemäß aus den ausführlichen oben[190]) zum gemeinen Rechte gemachten allgemeinen Darlegungen, für das B. G.B. noch speziell aus der Kombination des § 396 B. G.B. mit den §§ 366, 367 B. G.B., wie es sich noch speziell für das preußische Recht aus der Kombination des § 375 I 16 A. L.R. mit den §§ 149 bis 159 I 16 A. L.R. ergeben hatte. Und so ergiebt sich denn auch für das B. G.B. wie oben für das gemeine und preußische Recht,[191]) daß es weder eine compensatio compensationis als Aufrechnung der Forderung, gegen welche eine Gegenforderung aufgerechnet wurde, gegen eine andere Gegenforderung, noch einen Widerspruch des mehrfachen Schuldners giebt.

Dagegen steht nichts im Wege, daß der Widersprechende, der nicht „mehrfacher Schuldner" ist, d. h. dem nach der Aufrechnung noch ein überschießender Betrag von Forderungen zusteht[192]), mit dem

[189]) So auch Planck, a. a. O. Note 3 zu § 396. Es ist sogar ungerechtfertigt, wenn Planck a. a. O. anscheinend in den Einleitungsworten des § 396: „der eine oder der andere Theil" ein erst zu beseitigendes Präjudiz gegen die diesseitige Ansicht erblickt. Würden diese Worte etwa lauten: „der andere Theil", so könnte eine mißgeleitete Richtung wieder, wie die oben in Anm. 106 für das gemeine Recht citirte, annehmen, daß nur der mehrfache Schuldner ein Aufrechnungs- und Anrechnungsrecht habe. Das gemeine Recht und § 375 I 16 A. L.R. hatten sich nur mit dem Fall beschäftigt, da dem Kompensanten mehrere Forderungen gegenüberstanden, weil, wenn dem Kompensanten mehrere Gegenforderungen zustehen und nur eine Forderung gegenübersteht, es nicht zweifelhaft sein kann, daß der Kompensant jede seiner Gegenforderungen gegen die eine Forderung aufrechnen kann. Durch die Wahl der Einleitungsworte „der eine oder der andere Theil" hat der § 396 B. G.B. mit glücklichem Takte das selbstverständliche, wenn auch angezweifelte Aufrechnungsrecht des mehrfachen Gläubigers mit ausgesprochen. Decken die aufgerechneten Gegenforderungen die Forderungen des Gegners völlig, während dem Kompensanten noch andere verbleiben, so ist der Gegner eben „mehrfacher Schuldner" und kann nicht widersprechen; vergl. oben hinter Anm. 105. Unrichtig Deichmann a. a. O. S. 586.

[190]) Vergl oben hinter Anm. 105 und hinter 108, 120 und 121.

[191]) Vergl. oben bei Anm. 113 und 143.

[192]) Absolut kann er deshalb „mehrfacher Schuldner" sein, d. h. der

Widerspruch, der ihm ja dann — wie wir gleich[193]) sehen werden — gestattet ist, selbst eine Aufrechnungserklärung verbindet, in welcher er seine durch den Widerspruch freigewordene Forderung, gegen welche der Kompensant aufrechnen wollte, nun seinerseits als Gegenforderung gegen eine zweite Forderung des Kompensanten aufrechnet.[194])

Decken nun die aufgerechneten Gegenforderungen die gegenüberstehenden Forderungen des Aufrechnungsgegners nicht, d. h. ist der mehrfache Schuldner[195]) der Kompensant, der mehrfache Gläubiger der Aufrechnungsgegner, so fragt es sich, was das B. G.B. nunmehr bestimmt.

Nach B. G.B. ist nun jedenfalls diejenige gemeinrechtliche Theorie, welche die Reihenfolge der Entstehung der mehreren aufrechenbaren Forderungen für bestimmend für die Reihenfolge ihrer Aufrechnung ansieht,[196]) verworfen. Wie bereits oben[197]) erwähnt, steht das B. G.B. nicht auf dem Standpunkte, daß die Kompensationslage die einander gegenüberstehenden Forderungen mit einer Einrede behaftet, so daß sie nach § 390 B. G.B. gegenüber später entstandenen Forderungen nicht aufgerechnet werden könnten. Es kann auch[198])

Forderungsüberschuß, der dem Kompensanten nach Vollziehung der Aufrechnung noch zusteht, kann den Forderungsüberschuß, der ihm, dem Gegner, nach Vollziehung der Aufrechnung zusteht, noch übersteigen. Darauf kommt aber — vergl. oben Anm. 102 — nichts an, denn, wie wiederholt ausgeführt, in compensatione sind nur 1. die aufgerechneten Gegenforderungen, 2. sämmtliche dem Aufrechnungsgegner zustehende Forderungen; dagegen sind nicht in compensatione die dem Kompensanten sonst noch zustehenden, aber nicht aufgerechneten Gegenforderungen; vergl. auch oben hinter Anm. 107 und vor Anm. 8.

[193]) Vergl. unten bei Anm. 203.

[194]) Diese angehängte Aufrechnungserklärung ist eine völlig neue eigentliche compensatio; eine compensatio compensationis ist sie aber nicht; vergl. oben vor Anm. 8 und hinter Anm. 105. Sie überwindet die erste Aufrechnungserklärung nicht; diese hat durch den Widerspruch schon einen anderen Inhalt erhalten.

[195]) Vergl. oben Anm. 102.

[196]) Vergl. oben bei Anm. 94.

[197]) Vergl. oben bei Anm. 72 und 73.

[198]) Vergl. oben Anm. 176. Die ursprüngliche Mehrheit in der II. Kommission, welche dies annahm — vergl. oben Anm. 171 —, dachte an den weitergehenden Antrag, unter Abweichung von den Grundsätzen über die Anrechnung von Zahlungen zunächst die ältere Forderung als aufgerechnet zu betrachten. Dieser weitergehende Antrag ist aber nicht Gesetz geworden.

Digitized by Google

nicht zugegeben werden, daß die Schaffung eines Widerspruchsrechtes das B. G.B. diesen prinzipiellen Standpunkt hat verlassen machen, gerade so wenig, wie der Umstand, daß im preußischen Rechte der Kompensant, dem mehrere Forderungen gegenüberstehen, von Haus aus zur Einhaltung gewisser Anrechnungsregeln gehalten ist,[199]) zu der Annahme nöthigt, daß im preußischen Recht jene gemeinrechtliche Theorie kodifizirt sei. Nähme man an, daß die Möglichkeit des Aufrechnungsgegners, und zwar — wie wir sehen werden[200]) — nur des mehrfachen Gläubigers, durch Widerspruchserhebung eine Anrechnung auf seine zuerst entstandene Forderung zu bewirken, diese sowie die Gegenforderung von vornherein mit einer aus einem gegenseitigen Kompensationsverhältnisse fließenden Einrede behaftet sein läßt, so bedürfte es, wenn der Kompensant gegen eine später entstandene Forderung aufrechnen würde, gar keines ausdrücklichen Widerspruches, da ja die aufgerechnete Gegenforderung, mit einer Einrede behaftet, also nach § 390 B. G.B. an sich schon zur Aufrechnung untauglich wäre. Eine solche Deduktion wäre natürlich ein ὕστερον πρότερον. Richtiger Ansicht nach steht vielmehr das B. G.B. prinzipiell auf dem Standpunkte der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie, welche dem mehrfachen Schuldner, wenn er aufrechnet, ein vollkommenes freies Anrechnungsrecht giebt.[201]) Es steht also dem zuvorkommenden Kompensanten, wenn es der mehrfache Schuldner ist, prinzipiell frei, unter den ihm gegenüberstehenden mehreren aufrechenbaren Forderungen prinzipiell diejenige zu bestimmen, gegen welche er seine Gegenforderung anrechnen will. Das B. G.B. weicht danach vom preußischen Rechte, nach welchem der kompensirende mehrfache Schuldner zum Mindesten der stillschweigenden Zustimmung des Aufrechnungsgegners bedarf, wenn seine in Abweichung von der gesetzlichen Reihenfolge getroffene Anrechnungsbestimmung rechtswirksam sein soll,[202]) erheblich ab.

Abweichend vom gemeinen Rechte und in Annäherung an § 151 I 16 A. L.R. giebt aber § 396 Abs. 1 Satz 2 B. G.B. dem Aufrechnungsgegner das Recht, der Aufrechnungserklärung „unverzüglich" zu „widersprechen". Dieser Widerspruch ist wie der im § 151 I, 16

[199]) Vergl. oben hinter Anm. 131 ff.
[200]) Vergl. unten bei Anm. 212.
[201]) Vergl. oben vor Anm. 112.
[202]) Vergl. oben bei Anm. 131.

Digitized by Google

A.L.R.[203]) ein Rechtsgeschäft; er ist, wie bereits im § 1 ausgeführt worden ist,[204]) in dieser seiner Eigenschaft unabhängig von einer etwaigen prozessualischen Erklärung der Aufrechnung und ohne schuldhaftes Zögern[205]) zu erklären. Da indessen die Bestimmung des Kompensanten das Primäre und als solche wirksam ist (§ 396 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.),[206]) so ist das Widerspruchsrecht des Aufrechnungsgegners ein selbständiges Gegenrecht, nicht eine Versagung der Zustimmung zu einem Uebereinkommen, wie im preußischen Recht.[207]) Die Erklärung des Widerspruches im B.G.B. ist — wie oben im § 1 hervorgeben ist[208]) — im eigentlichsten Sinne conditio juris für die Anrechnung in der gesetzlichen Reihenfolge; nicht ist — wie im preußischen Recht[209]) — seine Nichterklärung conditio juris für den Eintritt der zuerst bestimmten Anrechnung. Die Nichterklärung des Widerspruches ist nach preußischem Rechte eine präsumirte Zustimmung zu einem von der gesetzlichen Reihenfolge abweichenden Anrechnungsvertrage, nach B.G.B. die Verschweigung an einem Rechte, dessen Ausübung an eine Präklusivfrist gebunden ist. Die Sachlage ist prinzipiell verschieden. Im preußischen Rechte ist der kompensirende mehrfache Schuldner von Haus aus bei Erklärung der Aufrechnung durch Bedingungen eingeengt, von deren Beobachtung ihn nur Uebereinkommen befreien kann; nach B.G.B. waltet der Anrechnungswille des kompensirenden mehrfachen Schuldners völlig frei; der Aufrechnungsgegner kann aber durch Erhebung eines Widerspruches diesen Anrechnungswillen überwinden, dies aber nun nicht durch Einschiebung einer beliebigen anderen Anrechnungsart, sondern der gesetzlichen Reihenfolge. Dieser prinzipielle Unterschied ist bedeutsam für die Beweislast. Während nach preußischem Rechte der kompensirende

[203]) Vergl. oben vor Anm. 134.

[204]) Vergl. oben vor Anm. 10.

[205]) Vergl. oben vor Anm. 10.

[206]) Charakteristisch ist hierfür auch, daß mangels Anrechnungsbestimmung des Kompensanten nicht etwa — wie nach § 152 I 16 A.L.R. (vergl. oben bei Anm. 130) — die Bestimmung des Gegners, sondern sofort die gesetzliche Reihenfolge Platz greift; so auch Planck a. a. O. Note 2 zu § 366.

[207]) Vergl. oben bei Anm. 135. Richtig Deichmann a. a. O. S. 587.

[208]) Vergl. oben bei Anm. 11.

[209]) Vergl. oben bei Anm. 136.

Digitized by Google

mehrfache Schuldner zu beweisen hat, daß seine Bestimmung unwidersprochen blieb,[210]) trifft nach B. G.B. die Beweislast für die Erhebung des Widerspruches den Aufrechnungsgegner.

Was indessen im § 1[211]) von dem Widerspruche im Allgemeinen gesagt ist, gilt auch von dem des B. G.B. Durch den Widerspruch wird nicht die aufgerechnete Gegenforderung zu einer Forderung, gegen welche die zweite Forderung des Aufrechnungsgegners aufgerechnet wird, sondern die vom Kompensanten aufgerechnete Gegenforderung wird auf die zweite substituirte Forderung des Aufrechnungsgegners aufgerechnet. Daraus folgt aber nicht, daß der Aufrechnungsgegner eine mit einer Einrede behaftete Forderung als Forderung, gegen welche aufzurechnen sei, substituiren kann. Denn, wenn oben[212]) ausgeführt wurde, daß *gegen* eine mit einer Einrede behaftete Forderung aufgerechnet werden könnte, so war das doch nur so zu verstehen, daß dies ein Recht des Kompensanten sei. Der Aufrechnungsgegner kann dem Kompensanten nicht eine Aufrechnung der Gegenforderung gegen eine mit einer Einrede behaftete, z. B. *verjährte* Forderung aufdringen.

Danach könnte man sagen, daß der von uns gemachte Unterschied und die Betonung, daß die vom Kompensanten aufgerechnete Gegenforderung stets die aufgerechnete Gegenforderung bleibe und durch den Widerspruch nicht zu einer Forderung, gegen welche aufgerechnet sei, werde, praktisch weniger erhebliche Konsequenzen nach sich ziehe.[213]) Wir werden aber unten[214]) sehen, daß dieses Moment im Prozeß von großer Bedeutung ist.

Nach alledem kann man den Standpunkt des B. G.B. in folgende Sätze zusammenfassen:

I. Gegen die Aufrechnungserklärung des kompensirenden mehr

[210]) Vergl. oben bei Anm. 139.

[211]) Vergl. oben vor Anm. 1 und hinter Anm. 7; vergl. ferner zum preußischen Recht bei Anm. 145.

[212]) Vergl. oben bei Anm. 26.

[213]) Eine wichtige Konsequenz, nämlich die, daß der Widerspruch keine neuen Forderungen in compensationem bringen könne, ist bereits oben vor Anm. 8 gezogen worden. Daraus folgt, daß der Widerspruch die nicht aufgerechneten Gegenforderungen überhaupt nicht, die Forderungen, gegen welche aufgerechnet wurde, nur nach Maßgabe der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge berührt.

[214]) Vergl. unten hinter Anm. 278 ff.

Digitized by Google

fachen Gläubigers (Frau Schulze in unserem obigen[215]) Beispiel) ist ceteris paribus wie im gemeinen und preußischen Rechte weder eine rechtsgeschäftliche compensatio compensationis, noch ein Widerspruch zulässig.[216])[217])

II. Gegen die Aufrechnungserklärung des kompensirenden mehrfachen Schuldners ist nach Maßgabe des § 396 Abs. 1 Satz 2 B. G. B. stets ein Widerspruch zulässig, und zwar ist derselbe hier ein selbständiges Rechtsgeschäft, welches der Aufrechnungserkärung ein Paroli bietet. Der Widerspruch ist indessen hier so wenig wie nach preußischem Recht[218]) eine compensatio compensationis;[219]) der Rechtszustand, den er herstellt, ist ein sich nach gesetzlichen Regeln ipso jure vollziehender Eintritt einer anderen Forderung an die Stelle der Forderung, gegen welche aufgerechnet werden sollte, für welchen Eintritt die Erklärung des Widerspruchs conditio juris ist. Schon daß dieser Eintritt sich nicht nach freiem Belieben, sondern nach Maßgabe der gesetzlichen Aurechnungsregeln vollzieht, würde die Eigenschaft des Widerspruchs als compensatio hindern, während die Verpflichtung des kompensirenden mehrfachen Schuldners im preußischen Recht, gleich von Haus aus mangels Uebereinkommens die gesetzlichen Anrechnungsregeln zu beobachten, der von ihm erklärten Aufrechnung die Eigenschaft einer compensatio nicht raubt. Ebensowenig wie die Wahlerklärung ein essentieller Bestandtheil der Aufrechnungserklärung[220]) ist, ist allerdings die Freiheit des Wahlrechts ein essentieller Bestandtheil des Aufrechnungsrechts. Aber unter diesem Wahlrecht kann man doch immer nur das „passive Wahlrecht", d. h. die Wahl der Forderung, gegen welche aufgerechnet wird, nicht aber das „aktive Wahlrecht", d. h. die Wahl der Gegenforderung, welche aufgerechnet wird, verstehen. Die Wahl der letzteren muß, wie oben[221]) eingehend dargethan ist, dem mehrfachen Gläubiger begrifflich stets zustehen, und, daß sie dem Widersprechenden nicht zusteht, beweist, daß sein Widerspruch keine

[215]) Vergl. oben am Anfang des § 2.

[216]) Vergl. oben bei Anm. 26, 42, 97, 107, 189.

[217]) Ueber die Zulässigkeit einer Berufung auf ein entgegenstehendes pactum de nominibus compensandis vergl. oben Anm. 78, 92, 114, 143, 149.

[218]) Vergl. oben bei Anm. 145.

[219]) Unrichtig Teichmann a. a. O. S. 588.

[220]) So Motive zum I. Entw. Bd. II S. 110; vergl. oben bei Anm. 157.

[221]) Vergl. oben bei Anm. 107.

Digitized by Google

compensatio und also auch keine compensatio compensationis ist.[222]) Es ist eben daran festzuhalten, daß auch nach § 396 B.G.B. der Widerspruch des Aufrechnungsgegners nur in das durch die abgegebene Aufrechnungserklärung geschaffene Kompensationsverhältniß modifizirend eingreift, keineswegs aber ein neues Kompensationsverhältniß schafft. Der Widersprechende kann weder neue Gegenforderungen des Kompensanten, welche derselbe nicht aufrechnete, und welche also nicht in compensatione waren,[223]) zur Aufrechnung bringen, noch die ihm gar nicht zustehende aufgerechnete Gegenforderung des Kompensanten selbst aufrechnen,[224]) noch im eigentlichen Sinne seine neue Forderung gegen die bereits aufgerechnete Gegenforderung des Kompensanten aufrechnen.[225]) Er bewirkt keine neue Aufrechnung, sondern nur eine neue Anrechnung; und gerade weil die Anrechnungsbestimmung kein essentieller Bestandtheil der Aufrechnungserklärung ist, hat der Widerspruch, eine die Anrechnungsbestimmung des Kompensanten überwindende Gegenerklärung, nichts mit der jener Anrechnungsbestimmung unterliegenden Aufrechnungserklärung gemein. Es handelt sich also thatsächlich um gar keinen Widerspruch gegen eine Aufrechnungserklärung, sondern um einen Widerspruch gegen eine Anrechnungsbestimmung, wie dies schon im Titel unserer Abhandlung angedeutet und im § 1[226]) festgestellt ist.

Ist sonach der Widerspruch niemals eine Gegenaufrechnungserklärung, so ist auch nicht in seiner näheren Verwandtschaft zu einer Gegenaufrechnungserklärung der Unterschied zwischen dem Widerspruch aus § 396 B.G.B. und dem aus § 151 I 16 A.L.R. zu suchen, sondern lediglich in der prinzipiellen, für die Beweislastvertheilung[227]) erheblichen Verschiedenheit seiner juristischen Konstruktion. Daß auch der Widerspruch aus § 396 B.G.B. keine Gegenaufrechnungs-

[222]) Vergl. oben bei Anm. 9.

[223]) Vergl. oben vor Anm. 1, bei Anm. 107 und in Anm. 192, insbesondere aber 148.

[224]) Vergl. oben vor Anm. 8.

[225]) Vergl. oben vor Anm. 1 und bei 146.

[226]) Vergl. oben vor Anm. 14.

[227]) Vergl. oben bei Anm. 210.

Digitized by Google

erklärung ist, tritt insbesondere im Prozeß zu Tage, wie dies dann auch noch unten[228]) erörtert werden wird.

Danach gilt also auch nach B. G.B. der Satz: „Compensatio compensationis non datur" ebenso wie im gemeinen und preußischen Recht, und aus denselben Gründen.[229]) Die Zulassung einer compensatio compensationis, welche in ihrer Eigenschaft als compensatio begrifflich verbieten würde, dem Kompensanten eine bestimmte aufzurechnende Gegenforderung vorzuschreiben,[230]) würde nichts mehr und nichts weniger, als eine Sanktionirung des Grundsatzes sein, daß Willkür Willkür überwinde. Steht man allerdings auf dem Standpunkt,[231]) den gemeinrechtlichen Satz auf das im gemeinen Recht herrschende unbeschränkte Anrechnungsrecht des aufrechnenden mehrfachen Schuldners zurückzuführen, d. h. versteht man unter „compensatio compensationis" begrifflich keine compensatio, sondern den Widerspruch, so könnte man den genannten Grundsatz nach B. G.B. so wenig anerkennen wie im preußischen Recht. Nichts wäre aber falscher als eine Identifizirung der Begriffe „Compensatio compensationis" und „Widerspruch gegen die der Aufrechnungserklärung beigefügten[232]) Anrechnungsbestimmung."[233])

§ 8.

Die Geltendmachung der Widerspruchserhebung im Prozeß.

Es ist im Verlaufe der vorliegenden Abhandlung nicht immer leicht gewesen, die materiellrechtlichen Fragen von den prozeßrechtlichen zu trennen. Unser Thema gehört zwar dem materiellen Recht an; doch sind es meist Fragen des materiellen Prozeßrechts, welche die Nüancen unseres Rechtsinstituts charakterisiren. Beruht doch der Unterschied zwischen dem Widerspruch aus § 151 I 16 A.L.R. und § 396

[228]) Vergl. unten bei Anm. 279 und 292.

[229]) Vergl. oben Anm. 148.

[230]) Vergl. oben bei Anm. 221.

[231]) So die oben am Anfang der Anm. 148 Citirten.

[232]) Die Anfügung einer Anrechnungsbestimmung an die Aufrechnungserklärung ist nicht einmal nothwendig; vergl. oben Anm. 220.

[233]) Ueber die Zulässigkeit der Berufung auf ein entgegenstehendes pactum de nominibus compensandis vergl. oben Anm. 78, 92, 114, 143, 149, 217. Die Vertheilung der Beweislast im Einzelnen, auch bei mangelnder Anrechnungsbestimmung, vergl. oben Anm. 114 a. E. und 149 — wird im § 8 besprochen werden.

Digitized by Google

B. G.B. in erster Linie auf der verschiedenen Vertheilung der Beweislast, und kommt man doch erst durch die Vorstellung von der selbständigen prozessualischen Natur der Geltendmachung eines erhobenen Widerspruches nach B. G.B. zu einem klaren Bilde von seiner materiell rechtlichen Natur, wenn es auch natürlich ein *Ὕστερον πρότερον* sein würde, anzunehmen, daß die prozessuale Selbständigkeit die Ursache der rechtlichen Selbständigkeit sei.

Mit der Entscheidung der Frage, wer für die Erhebung des Widerspruches beweispflichtig ist, kann man indessen das Gebiet der Beweislastfragen, welche sich an unser Thema knüpfen, noch nicht als erschöpft betrachten. Praktisch wird sich die Sache meist so stellen, daß ein Beklagter in der Klagebeantwortung Aufrechnung auf die Klageforderung erklärt. Eines Beweises, daß er die Aufrechnung bestimmt gegen die eingeklagte Forderung erklärt hat, wird es, da das Rechtsgeschäft vor dem Prozeßrichter vorgenommen ist, in solchem Falle nicht bedürfen. Eines solchen Beweises der Aufrechnungserklärung auf die eingeklagte Forderung bedarf es hingegen allemal dann, wenn der Beklagte sich auf eine vorprozessuale Aufrechnungserklärung beruft. In beiden Fällen aber hat der Kompensant die allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit überhaupt zu beweisen, nämlich:

a) Gegenseitigkeit der Forderungen,
b) Gültigkeit der Forderungen,[234])
c) Gleichartigkeit der Forderungen,
d) Fälligkeit der aufgerechneten Forderung,
e) Zulässigkeit der Tilgung der Forderung, gegen welche aufgerechnet wird.[235])

Gegen diesen Aufrechnungseinwand hat nun der Kläger — von dem Falle eines entgegenstehenden pactum de nominibus compensandis abgesehen[236]) — nach gemeinem Rechte keine Widerrede, welche die Erhebung eines Widerspruches geltend machte. Nach preußischem Rechte und B. G.B. hat er dagegen eine, und zwar dann, wenn

[234]) Der Umstand, daß das zur Befriedigung einer ungültigen Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, genügt nicht, um die Forderung aufrechenbar zu machen; so z. B. §§ 656, 762 B. G.B. So auch Planck a. a. O. Note 1 b zu § 387.

[235]) § 387 B. G.B.; vergl. darüber Planck a. a. O. Note 1 zu § 387.

[236]) Vergl. oben bei den Anm. 78, 92, 114, 143, 149, 217.

Digitized by Google

1. ihm noch eine zweite aufrechenbare Forderung zusteht, und er 2. der Aufrechnungserklärung nach preußischem Rechte in der im § 151 I 16 A. L.R. bestimmten Frist, nach B. G.B. § 396 Abs. 1 Satz 2 „unverzüglich" widersprochen hat. Die Erhebung des Widerspruches ist — wie wir oben[237]) hervorgehoben haben — von dem Gang des Prozesses selbst dann unabhängig, wenn die Aufrechnungserklärung erst im Prozesse abgegeben wird: die Erhebung bezw. Nichterhebung des Widerspruches ist also *stets* zu beweisen. Es versteht sich nun aber von selbst, daß die Erhebung des Widerspruches nur dann eine zu beweisende Thatsache ist, wenn sie für den Ausgang des Rechtsstreites *erheblich* ist. Dies ist sie aber nur dann, wenn das Vorhandensein *mehrerer* aufrechenbaren Forderungen auf Seiten des Klägers feststeht; liegen nämlich auf seiner Seite *nicht mehrere* aufrechenbare Forderungen vor, so war die Erhebung des Widerspruches *unerheblich*.

Ist das Vorhandensein der mehreren aufrechenbaren Forderungen auf Seiten des Klägers *unstreitig*, *so hat nach preußischem* Recht der Kompensant, welcher sein Recht zur Anrechnung der aufgerechneten Gegenforderung gerade gegen die eingeklagte Forderung auf seine Anrechnungsbestimmung stützt, nach den oben[238]) aufgestellten Grundsätzen zu behaupten und zu beweisen, daß seine Bestimmung unwidersprochen blieb, d. h. Uebereinkommen wurde.[239]) Würde der Kompensant das Vorhandensein der mehreren aufrechenbaren Forderungen auf Seiten seines Gegners in der Klagebeantwortung oder in einer Klage auf Feststellung, daß seine Schuld durch Aufrechnung getilgt sei, erwähnen und sein Recht auf seine Anrechnungsbestimmung stützen, ohne dabei zugleich zu behaupten, daß diese Bestimmung unwidersprochen blieb, d. h. Uebereinkommen wurde, so wäre seine Einrede bezw. Klage im preußischen Rechte als unschlüssig und unsubstanziirt ex officio abzuweisen.[240]) Macht erst der Aufrechnungsgegner das

[237]) Vergl. oben vor Anm. 10.

[238]) Vergl. oben bei Anm. 139.

[239]) A. A. die oben in den Anm. 126 und 127 Citirten.

[240]) Es ist nämlich nicht schon die einseitige Bestimmung des Kompensanten präjumtiver Vertrag, sondern erst die *unwidersprochen* gebliebene Bestimmung. Daß dies schon sehr weitgehend ist (vergl. oben Anm. 139), ha man oft verkannt. Beweist der Kompensant, daß seine Bestimmung unwider-

Digitized by Google

Vorhandensein mehrerer aufrechenbaren Forderungen auf seiner Seite geltend, und der Kompensant bestreitet es nicht oder giebt es zu, so trifft ihn nach preußischem Rechte ebenfalls die Beweislast dafür, daß seine Anrechnungsbestimmung, auf welche er sein Aufrechnungsrecht stützt, unwidersprochen geblieben, d. h. Uebereinkommen geworden ist.

Nach B. G. B. ändert die Thatsache, daß dem Aufrechnungsgegner mehrere aufrechenbare Forderungen zustehen, prinzipiell nichts an dem Rechte des Kompensanten, die Forderung, gegen welche er aufrechnen will, einseitig zu bestimmen.[241]) Die einseitige Bestimmung ist maßgebend als solche, nicht soweit sie unwidersprochen blieb und dadurch präsumtiver Vertrag wurde. Daß der Aufrechnungsgegner sein die einseitige Bestimmung überwindendes Widerspruchsrecht ausgeübt habe, ist deshalb die Behauptung eines Gegenrechtes[242]) und von dem Aufrechnungsgegner zu beweisen.

Wenn nun im preußischen Rechte der Kompensant den Nachweis, seiner Auf- und Anrechnungserklärung sei nicht widersprochen worden, schuldig geblieben ist, bezw. wenn nach B. G. B. der Aufrechnungsgegner die Erhebung unverzüglichen Widerspruches nachgewiesen hat, so wird die Sachlage, wenigstens insofern nunmehr die gesetzliche Reihenfolge maßgebend wird,[243]) nach preußischem Rechte wie nach § 396 Abs. 1 Satz 2 B. G. B. so anzusehen sein, als ob die Aufrechnung ohne Anrechnungsbestimmung auf die mehreren unstreitigen Forderungen erklärt worden wäre. In einem solchen Falle herrschte in der bisherigen gemein- und preußischrechtlichen Theorie und Praxis wiederum Streit, wer dafür beweispflichtig sei, daß die Anrechnung der aufgerechneten Gegenforderung[244]) gerade auf die eingeklagte Forderung verlangt werden könne.

---

sprochen blieb, so kann der Gegner immer noch nachweisen, daß ein entgegenstehendes pactum de nominibus compensandis die Präsumtion aufhebt; vergl. oben Anm. 81.

[241]) Vergl. oben bei Anm. 209.

[242]) Daß die Wirksamkeit dieses Rechts von seiner unverzüglichen Geltendmachung abhängig gemacht ist, präjudizirt seiner Natur als selbständiges Recht nicht; vergl. oben hinter Anm. 209 die gesperrt bezeichneten Worte.

[243]) Anders unten bei Anm. 248.

[244]) Die Theorie und Praxis behandeln den Fall nur bezüglich der Anrechnung einer realen Zahlung auf mehrere unstreitige Forderungen. Die Ausführungen und Entscheidungen sind aber auf die Aufrechnung — welche

Digitized by Google

Die frühere preußische und partikularrechtliche[245]) Praxis war der Ansicht, daß der Kompensant seiner Beweispflicht Genüge gethan habe, wenn die Aufrechnung einer die Klageforderung deckenden aufrechenbaren Gegenforderung dargethan sei. Die Behauptung des Aufrechnungsgegners, jene Gegenforderung sei auf eine andere der unstreitigen Forderungen auf- und anzurechnen, wurde als Replik betrachtet, für deren Begründetheit der Aufrechnungsgegner beweispflichtig sei. Die heutige Theorie und das Reichsgericht[246]) stehen indessen auf dem Standpunkt, daß den Kompensanten die Beweislast dafür treffe, daß die aufgerechnete Gegenforderung, wenn die Aufrechnung ohne Anrechnungsbestimmung erklärt ist, auf Grund eines Uebereinkommens (§ 150 I 16 A.L.R.), einer unwidersprochen gebliebenen Anrechnungsbestimmung des Aufrechnungsgegners (§ 152 a. a. O.) oder auf Grund der gesetzlichen Anrechnungsregeln (§§ 153—159 I 16 A.L.R., § 366 Abs. 2 B.G.B.) gerade auf die eingeklagte Forderung anzurechnen sei. Diese Ansicht ist durchaus zutreffend, da eine ohne Anrechnungsbestimmung auf mehrere aufrechenbare Forderungen erklärte Aufrechnung die Wirkungen einer rechtsgültigen Zahlung der eingeklagten Forderung nur hat, wenn sie sich auf einen der genannten Faktoren stützt. Deren Vorliegen ist mithin für den Kompensanten rechtsbegründend und beim Bestreiten

ja eine „ideelle Zahlung" ist (so Stölzel a. a. O. Eventualaufrechnung, S. 2ff., 97, 141, 146ff.) — anwendbar. Die neuerdings von Liebknecht a. a. O. S. 106ff. gegen Stölzel's Konstruktion der „Aufrechnung" als „Idealzahlung" erhobenen Einwendungen interessiren hier nicht.

[245]) Seuffert's Archiv Bd. XV Nr. 193; preuß. Ob.Trib. Urtheil vom 9. Oktober 1855 bei Striethorst, Archiv Bd. XVIII, S. 190 und bei Rehbein, Entsch. Bd. III S. 14 Erk. e; ferner dasi. Urtheil vom 5. Juli 1862 bei Gruchot, Zahlung der Geldschuld S. 223.

[246]) Reichsgericht, I. H.S. vom 11. November 1879 und 17. Dezember 1880 bei Gruchot, Beiträge Bd. XXIV S. 90; Bd. XXV S. 949, dessen Ueberschrift (S. 948) irrthümlicher Weise das Gegentheil seines Inhalts angiebt; dasi., I. S. v. 24. Januar 1880 und 5. Juli 1881, Jurist. Wochenschr. 1880 S. 55; 1881 S. 173; dasi. V. S. vom 24. September 1881, Jurist. Wochenschr. 1881 S. 198; Koch, Kommentar 1886, Bd. II, Note 53 zu § 150 I 16 A.L.R. Mit Unrecht führt indessen Koch auch Römer in Goldschmidt's Ztschr. f. H.R. Bd. XXIII S. 40ff. für diese Ansicht an; vergl. darüber unten Anm. 260; Römer's Ausführungen haben eine ganz andere Spitze, die übrigens gegen Koch's Ansicht gerichtet ist.

Digitized by Google

des Gegners von ihm zu beweisen. Mit der einzigen Ausnahme des gemäß § 152 I 16 A. L.R. eingreifenden Faktors — der Anrechnungsbestimmung des Aufrechnungsgegners[247]) — greifen die Faktoren in derselben Form auch nach §§ 396, 366 Abs. 2 B. G.B. bei mangelnder Anrechnungsbestimmung ein und sind von dem Kompensanten, der sich auf sie beruft, zu beweisen.

Ein Streit ist noch über die Frage entstanden, ob, wenn der Kompensant sein Anrechnungsverlangen auf die dispositiv eingreifenden gesetzlichen Anrechnungsregeln stützt, der Aufrechnungsgegner aber das Vorliegen eines Uebereinkommens (§ 150 I 16 A. L.R.) oder einer unwidersprochen gebliebenen Anrechnungserklärung (§§ 151, 152 I 16 A. L.R.) behauptet, für das Vorliegen einer Parteibestimmung der Kompensant oder der Aufrechnungsgegner beweispflichtig sei. Wir haben oben[248]) ausdrücklich gesagt, daß eine Gleichheit der Sachlage bei mangelnder und widersprochener Anrechnungsbestimmung nur anzunehmen sei, insofern durch den Widerspruch die gesetzliche Anrechnungsreihenfolge maßgebend würde, und müssen nun hier thatsächlich unterscheiden:

I. Der Kompensant beruft sich für sein in Gemäßheit des Gesetzes zu vollziehendes Anrechnungsbegehren auf den Mangel einer Anrechnungsbestimmung. In diesem Falle meint Römer,[249]) der Kompensant brauche nicht darzuthun, daß die Betheiligten nichts Abweichendes bestimmt hätten, er habe die gesetzliche Regel für sich. Römer bürdet also die Beweislast dem Aufrechnungsgegner, welcher eine abweichende Anrechnungsbestimmung behauptet, auf. Das Reichsoberhandelsgericht[250]) in einer trefflichen Entscheidung steht indessen auf einem entgegengesetzten Standpunkt. Das Urtheil des R.O.H.G., welches für das sächsische Rechtsgebiet allerdings erlassen ist, behält seine volle Geltung für das gemeine, preußische Recht und für das B. G.B., da das Verhältniß der §§ 150—152 I 16 A. L.R. zu den §§ 153—159 I 16 A. L.R. und das des § 396 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. zu dem § 396 Abs. 1 Satz 2 B. G.B. (bezw. der beiden Absätze des § 366 B. G.B. zu einander) dasselbe ist, wie das der einschlägigen

[247]) Vergl. oben Anm. 206.

[248]) Vergl. oben bei Anm. 243.

[249]) Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsrecht Bd. XXIII S. 58.

[250]) R.O.H.G. Bd. XIX S. 248, 249.

Digitized by Google

Bestimmungen des sächsischen B. G.B. zu einander. Die Fundamentalsätze des Erkenntnisses mögen deshalb hier Platz finden. „Zu erwägen ist vor Allem, daß überhaupt die Vorschriften in §§ 979 und 980 des sächsischen B. G.B. über die Anrechnung einer Schuldzahlung bei vorhandener Mehrheit von Schulden nur bedingungsweise oder subsidiär, nämlich dann in Anwendung kommen, wenn weder der Schuldner noch der Gläubiger bei der Zahlungsleistung darüber Bestimmung getroffen hat, auf welche Schuld die Zahlung geleistet und gerechnet sein solle. Stützt daher der Schuldner einer Mehrheit von Schuldforderungen desselben Gläubigers die Ausflucht, eine bestimmte von diesen Schulden durch Zahlung getilgt zu haben, auf ein anderes rechtliches Moment, als auf die bei der Zahlungsleistung selbst von seiner (oder des Gläubigers)[251]) Seite darüber getroffene Bestimmung, so bildet die Nichtexistenz solcher Bestimmung die nothwendige, wenn auch unausgesprochene Grundlage seiner rechtlichen Induktion. . . . . Beruft sich demnach Kläger . . . . auf eine bei dem Zahlungsakte getroffene entgegengesetzte Verabredung des Betheiligten, so liegt darin offenbar ein entschiedenes Leugnen der vorgeschützten Ausflucht in ihrer gegenwärtigen Begründung . . . . Das Motiv des klägerischen Leugnens ist die Behauptung der Unvollständigkeit der Exceptionsdarstellung des Sachverhalts beim Zahlungsakte, und hieraus ergiebt sich die Analogie des gegenwärtigen Falles mit der Frage, ob im Falle des unter Beziehung auf eine Suspensivbedingung bestrittenen unbedingten Vertragsabschlusses geleugneter Klagegrund oder Exception vorliege." Den Ausführungen ist durchgehend zuzustimmen. Römer a. a. O. irrt, wenn er meint, daß die gesetzlichen Anrechnungsregeln bezüglich einer Zahlung oder Aufrechnung auch nicht mehr dispositiv seien, als die des sonstigen dispositiven bürgerlichen Rechts. Sie sind es, wie das R.O.H.G. ausführt, in ungleich höherem Grade. Danach hat also bei Behauptung des Aufrechnungsgegners der Kompensant zu beweisen, nach preußischem Recht: daß kein Uebereinkommen bezw. keine dem Uebereinkommen gleichstehende unwidersprochen gebliebene Anrechnungsbestimmung einer der Parteien, nach B. G.B.: daß keine

[251]) Auf eine Bestimmung des „Gläubigers", d. h. des Aufrechnungsgegners, kann nach B. G.B. die Anrechnung nie gestützt werden; vergl. oben Anm. 206 und 247.

Digitized by Google

Anrechnungsbestimmung[252]) seinerseits vorgelegen habe. Der Gegner kommt also zum Eide darüber, daß die behauptete Anrechnungsbestimmung nicht, daß eine andere, und bei behauptetem Mangel einer Anrechnungsbestimmung, daß eine solche abgegeben worden sei.

II. Anders liegt die Sache, wenn der Aufrechnungsgegner im Prozesse die behauptete Anrechnungsbestimmung des Kompensanten zwar zugiebt, aber geltend macht, diese Bestimmung habe ein früheres entgegenstehendes Aufrechnungsgeschäft verletzt. In diesem Falle ist es auch gleichgültig, ob der Anrechnungsbestimmung widersprochen wurde oder nicht. Es kann nämlich dann der Aufrechnungsgegner nicht mehr für sich geltend machen, daß die §§ 150—152 I 16 A.L.R., § 396 B.G.B. für das Vorliegen einer Parteibestimmung präsumiren; wenigstens hilft ihm diese Präsumtion hier nichts. Der Kompensant hat ja die behauptete Anrechnungsbestimmung getroffen, er, der Aufrechnungsgegner, behauptet aber, diese Anrechnungsbestimmung verletze ein pactum de nominibus compensandis, bezw. eine frühere Anrechnungsbestimmung, d. h. er behauptet nicht das Vorliegen einer Parteibestimmung überhaupt, oder das Vorliegen einer abweichenden Parteibestimmung, sondern eines früheren entgegenstehenden Aufrechnungsgeschäfts. Hierfür spricht aber keine Präsumtion, und der Gegner kann die ihm nach § 3 am Ende obliegende Beweislast für das Vorliegen eines entgegenstehenden Uebereinkommens, bezw. einer entgegenstehenden früheren Anrechnungsbestimmung nicht auf den Kompensanten überwälzen.[253])

Vorstehend ist die Vertheilung der Beweislast bestimmt worden für den Fall, daß die Mehrheit aufrechenbarer Forderungen nicht bestritten war. Nunmehr ist zu untersuchen, wie die Beweislast zu vertheilen sei, wenn der Kompensant das Vorliegen noch anderer aufrechenbarer Forderungen auf Seiten des Aufrechnungsgegners bestreitet. Es herrscht nun in der bisherigen Theorie und Praxis erbitterter

[252]) Daß kein Uebereinkommen vorliege, braucht der Kompensant nach B.G.B. nicht mehr zu beweisen, denn § 396 Abs. 1 Satz 1 setzt nur die einseitige Anrechnungsbestimmung des Kompensanten als primär voraus. Die Behauptung eines Uebereinkommens durch den Gegner wäre nach B.G.B. nicht anders zu behandeln als die Behauptung eines von den gesetzlichen Vorschriften abweichenden Vertrages bei einem sonstigen Rechtsinstitut.

[253]) Vergl. oben bei Anm. 81.

Digitized by Google

Streit darüber, wie im Fall einer ohne Anrechnungsbestimmung geleisteten Zahlung die Beweislast zu vertheilen sei, wenn der Schuldner den Einwand erhebt, durch die Zahlung sei die eingeklagte Forderung getilgt worden, während der Gläubiger die Zahlung auf eine andere Forderung verrechnet, deren Existenz indessen der Schuldner bestreitet. Die Entscheidungen beziehen sich wie oben[254]) nur auf den Fall der Realzahlung. Es erfordert indessen auch hier die Aufrechnung keine besondere Behandlung. Dies wird sich im weiteren Verlauf zeigen.

Der Streit setzt nun zunächst nur den Fall voraus, daß die Zahlung bezw. Aufrechnung ohne Anrechnungsbestimmung vollzogen wurde. Den Fall, wie die Beweislast zu vertheilen sei, wenn die Zahlung, bezw. Aufrechnung zwar mit Anrechnung vollzogen, dieser aber unter Hinweis auf mehrere fällige Forderungen widersprochen wurde, diesen Fall behandeln die vorliegenden Entscheidungen nicht. Der Grund für diese Vernachlässigung liegt — wie wir unten[255]) sehen werden — darin, daß die Sachlage bei Behauptung eines Widerspruches in dem Fall, daß die Mehrheit der Forderungen bestritten ist, anders als bei dem Mangel einer Anrechnungsbestimmung ist, und die Vertheilung der Beweislast in solchem Fall nicht zweifelhaft sein kann. Wenn sie danach also, streng genommen, auch nicht zum Thema gehört, sei hier doch kurz auf die Kontroverse eingegangen, welche sich an die Vertheilung der Beweislast bei Bestrittensein der Forderungsmehrheit und bei feststehendem[256]) Mangel einer Anrechnungsbestimmung knüpft. Denn die Frage wird auch nach B.G.B. brennend, da die Möglichkeit eines solchen Falles nach künftigem so gut wie nach bisherigem Recht gegeben ist.

Die Praxis hat bei Entscheidung der Frage, wen die Beweislast bei Bestrittensein der Forderungsmehrheit angesichts einer ohne Anrechnungsbestimmung vollzogenen Zahlung treffe, drei Phasen durchgemacht:

---

[254]) Vergl. oben Anm. 244.

[255]) Vergl. unten hinter Anm. 276; anders oben hinter Anm. 242, wenn die Mehrheit der Forderungen außer Streit steht.

[256]) Behauptet der Kompensant, seine Aufrechnungserklärung sei mit einer Anrechnungsbestimmung verbunden gewesen, so hat er dies zu beweisen; vergl. oben vor Anm. 234.

Digitized by Google

1. Die frühere partikularrechtliche Praxis[257]) erklärte in konsequenter Durchführung ihrer oben[258]) dargelegten Ansicht, daß die Beweispflicht des Kompensanten (Schuldners) sich auf die Darlegung einer die Klageforderung deckenden aufrechenbaren Gegenforderung (gezahlten Summe) beschränke, die Geltendmachung noch einer zweiten fälligen Forderung seitens des Gegners mit der Behauptung, daß mangels Anrechnungsbestimmung auf diese anzurechnen sei, für eine Replik.

2. Die spätere, insbesondere sächsische Praxis und das Reichsoberhandelsgericht[259]) erklärten das bezeichnete Vorbringen des Gläubigers, bezw. Aufrechnungsgegners für ein motivirtes Bestreiten der Zahlung bezw. Aufrechnung.

3. Das Reichsgericht[260]) hat sich, allerdings unter Fallenlassen ihrer Prämissen und der sonst daraus gezogenen Konsequenzen, der früheren partikularrechtlichen Praxis wieder angeschlossen.

---

[257]) Vergl. die oben in Anm. 245 citirten Entscheidungen; ferner O.A.G. Dresden in der Ztschr. f. Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen, N. F. Bd. XVII Nr. 88.

[258]) Vergl. oben bei Anm. 245.

[259]) O.A.G. Dresden vom September 1869 a. a. O. N. F. Bd. XXXIV S. 175 und Seuffert's Archiv Bd. XXIV Nr. 197; dasf. vom 20. Mai 1876; B.O.H.G. in Seuffert's Archiv Bd. XXVI Nr. 24; Seuffert's Archiv Bd. XXIII Nr. 222 (Wolfenbüttel vom 4. Mai 1869); R.O.H.G. vom 22. Dezember 1873, Entsch. Bd. XII S. 91; Römer a. a. O. S. 45 ff.; Kitz in der Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. in Sachs. N. F. Bd. V Nr. 16 S. 6 ff. Römer irrt indessen a. a. O., wenn er auch die Entsch. des R.O.H.G. Bd. XIX S. 248, 249 hierher rechnet. Diese behandelt — wie oben bei Anm. 250 erhellt — einen ganz anderen Fall. Es heißt in derselben am Anfang: „Dahingestellt kann bleiben, ob der Gläubiger nicht die Existenz der mehreren Forderungen zu beweisen habe". Das spricht eher gegen als für Römer.

[260]) Reichsgericht IV. S. v. 26. Mai 1884 bei Gruchot Bd. XXVIII S. 936; ders. S. v. 21. März 1883 Rep. IV 578/82 und vom 19. November 1883 Rep. IV 316/83. Ebenso Koch, a. a. O. Kommentar, 1886, Bd. I Note 53 zu § 150 I 16 A.L.R. Wenn Koch auch Römer für seine Ansicht citirt, so hat er den Kernpunkt der Römer'schen Ausführungen ebenso verkannt, wie in der oben Anm. 246 gedachten Beziehung. Römer's Ausführungen sind in der Hauptsache nicht für den Fall maßgebend, da die Forderungsmehrheit unstreitig ist (dies scheint Koch — vergl. oben Anm. 246 — anzunehmen), sondern für den Fall, daß dieselbe streitig ist. Gerade für diesen Fall kommt Römer aber zu von Koch abweichenden Ergebnissen; vergl. vorige Anmerkung.

Digitized by Google

Das Reichsgericht stützt seine Ansicht auf den Grundsatz, daß die Art der prozessualen Geltendmachung einer Forderung nicht zu einer Umkehrung der Beweislast bezüglich der Forderung selbst führen könne. Dieser Grund entspricht dem von uns oben[261]) aufgestellten Grundsatz, daß die Vertheilung der Beweislast für die aus demselben Rechtsverhältniß erwachsenen Thatsachen durch die prozessuale Parteirolle des Beweispflichtigen nicht verändert werden dürfe. Der Grundsatz ist auch hier entscheidend:

1. Nicht unbedingt anwendbar sind die oben[262]) in Anknüpfung an § 390 B. G.B. erhobenen Bedenken, welche darauf beruhen, daß die Entscheidung über das Nichtbestehen einer aufgerechneten Gegenforderung rechtskräftig wird. Erhebt der Aufrechnungsgegner eine replica nominis compensandi, d. h. entnimmt er seine Einwendungen aus der Gegenforderung selbst, und stellen sich die Einwendungen als begründet heraus, so gilt die aufgerechnete Gegenforderung bei Verwerfung der Kompensationseinrede als rechtskräftig aberkannt. Würde diese Aberkennung erfolgen auf Grund eines vom Aufrechnungsgegner geleisteten Eides, der sonst dem Kompensanten zufallen würde, so wäre eine materiell unanfechtbare Entscheidung auf Grund einer Umkehr der Beweislast erfolgt. Dies ist schlechterdings unzulässig. In dem hier genannten Falle bei Bestreiten der zweiten aufrechenbaren Forderung des Gegners durch den Kompensanten könnte es aber zweifelhaft sein, wie weit die Rechtskraft eines die Gegenforderung gegen jene zweite Forderung aufrechnenden, d. h. also das „Nichtbestehen" der Gegenforderung feststellenden Urtheils reiche. Das Nicht(mehr)bestehen der aufgerechneten Gegenforderung wird zwar auch hier rechtskräftig ausgesprochen.[263]) Wenn man aber annimmt, daß die Rechtskraft nicht auch jene zweite Forderung, gegen welche aufgerechnet wurde, ergreift, so könnte in Frage kommen, ob nicht der im ersten Prozeß in Folge des das Bestehen seiner zweiten Forderung beschwörenden Eides des Aufrechnungsgegners unterlegene Kompensant in einem Nachprozeß die Nichtexistenz jener zweiten Forderung geltend machen und dem Aufrechnungsgegner den erlangten Vortheil wieder abjagen kann.[264])

[261]) Vergl. oben hinter Anm. 51.

[262]) Vergl. oben Anm. 55—57.

[263]) Vergl. unten bei Anm. 283.

[264]) Eine Kondiktion der aufgerechneten Gegenforderung — vergl. Planck

Digitized by Google

2. Nimmt man nun an — was erst weiter unten geprüft werden soll — die zweite Forderung des Aufrechnungsgegners würde auch quoad summam concurrentem nicht rechtskräftig, so wären folgende Erwägungen maßgebend: Der Kompensant könnte vielleicht mit einer Feststellungsklage aus § 231 (256) C.P.O., die in diesem Fall die Provocatio ex lege Diffamari (§ 1 I 32 A.G.O.) wäre, klagen, festzustellen, daß die zweite Forderung, deren der Aufrechnungsgegner sich berühmte, nicht bestanden habe.[265]) Er könnte sodann, wenn er ein obsiegendes Urtheil erstreitet, vielleicht[266]) mit einer weiteren Klage (actio de in rem verso) auf Herausgabe des im ersten Prozeß Beigetriebenen klagen. In diesem Falle trägt, wie Stölzel neuerdings überzeugend dargethan hat,[267]) in dem Provokationsprozeß der Aufrechnungsgegner die Beweislast für die Existenz der zweiten Forderung. In dem Nachprozeß käme also der Kompensant zum Eid, und wir hätten zwei einander entgegenstehende Eide, ein unter allen Umständen zu vermeidendes Ergebniß.[268])

3. Nimmt man aber an, daß eine Bereicherungsklage überhaupt nicht, sondern nur eine auf den Nachweis eines Meineides des Aufrechnungsgegners gestützte Restitutions- oder Schadensersatzklage zulässig sei, so ist die Sachlage keine andere, als ob ein Beweispflichtiger durch den Meineid seines Prozeßgegners verletzt ist und daraus Rechte herleiten will, d. h. der Aufrechnungsgegner hat sich vor der Hand definitiv für eine Forderung bezahlt gemacht, ohne den Nachweis ihrer Existenz geführt zu haben. Daß er sich bei

a. a. O. Note 2 zu § 387, Note 3 zu § 390 — wird schwerlich zulässig sein, einmal, weil das Nichtbestehen der aufgerechneten Gegenforderung rechtskräftig ausgesprochen ist, sodann aber auch, weil der zurückgeforderte Vermögenswerth überhaupt nicht durch eine Handlung des Kompensanten in das Vermögen des Aufrechnungsgegners gelangt ist, vergl. Gecius a. a. O. II S. 482.

[265]) Die Zulassung dieser Feststellungsklage wäre schon deshalb sehr bedenklich, weil der Aufrechnungsgegner sich ja gar nicht des Bestehens, vielmehr nur des Bestandenhabens dieser Forderung berühmte.

[266]) Diese Klage kann man nur zulassen, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß die Entscheidung in dem Provokationsprozeß dem ersten Urtheil den Boden, d. h. also dem auf Grund jenes ersten Urtheils erlangten Vortheil des Aufrechnungsgegners den Rechtsgrund entzogen hat.

[267]) A. a. O. Eventualaufrechnung S. 231.

[268]) Vergl. darüber oben bei Anm. 54.

Digitized by Google

Ableistung des Eides einer unerlaubten Handlung schuldig machte, steht auf einem anderen Brett. Mit Recht sagt Stölzel:[269]) „(Der Aufrechnungsgegner) mag ja absichtlich einen Meineid nicht schwören, aber daß der (beklagte Kompensant) gezwungen sein soll, seine Zahlungspflicht auf des Gegners und Angreifers Eid zu stellen, erscheint doch schwer begreiflich". Man wende nicht ein, daß auch der Kläger, der die vom Beklagten eingewendete Zahlung der Wahrheit zuwider abschwört, sich doppelte Zahlung verschaffen kann. Der Eid über die Leistung der Zahlung gebührt ihm unter allen Umständen, gleichviel in welcher Parteirolle er im Prozesse auftritt. Daß die Nichtexistenz einer zweiten Forderung eine Thatsache ist, welche die Wirksamkeit der auf die Klageforderung geleisteten Zahlung indirekt nachweist,[270]) raubt dem Falle nichts von seiner Eigenart. Die Einführung einer ganz neuen Forderung bleibt unter allen Umständen die Geltendmachung eines neuen selbständigen Rechts. Daß der Kläger dies Recht nur benutzt, um die seinen Klageanspruch bedrohende Zahlungseinrede von letzterem auf jenes zu ziehen, ändert daran nichts. Auch der Kompensant macht seine Gegenforderung nur zur Abwehr geltend[271]) und bleibt doch für dieselbe beweispflichtig. Die Geltendmachung einer zweiten Forderung zur Vertheidigung gegen die Kompensationseinrede bleibt immer ein — wenn auch nur zum Zwecke der Abwehr geltend gemachter — Angriff. Hat doch stets als beste Deckung der Hieb gegolten.[272])

---

[269]) A. a. O. Schulung Bd. I S. 170. Die eingeklammerten Worte sind unserem Bedürfniß gemäß den bei Stölzel gebrauchten substituirt.

[270]) So Römer, a. a. O. S. 55; Seuffert's Archiv Bd. XXIII Nr. 222.

[271]) Vergl. nächste Anmerkung a. E.

[272]) Darüber vermögen die ganzen künstlichen Ausführungen Römer's a. a. O. (oben Anm. 259) nicht hinwegzuhelfen. Der Angelpunkt von Römer's Ausführungen ist nämlich, daß der Aufrechnungsgegner (Gläubiger) die zweite aufrechenbare Forderung, auf welche er Anrechnung verlangt, nicht zum Gegenstande eines Angriffs, sondern einer Vertheidigung geltend mache, und zwar dahingehend, daß er durch Geltendmachung dieser Forderung mittelbar die Anrechnung der aufgerechneten Gegenforderung (gezahlten Summe) auf die eingeklagte Forderung bestreite. Alle diese theoretischen Ausführungen beseitigen aber nicht den Umstand, daß die Geltendmachung dieser zweiten Forderung einem Angriff analog wirkt. Wird nämlich die zweite Forderung durch Eid des Klägers festgestellt, und der Beklagte, unter Anrechnung seiner aufgerechneten Gegenforderung auf die zweite Forderung, nach dem Klageantrag verurtheilt, so ist, da die Entscheidung, daß die aufgerechnete Gegenforderung durch Auf-

Digitized by Google

Es ist demnach der Ansicht des Reichsgerichts beizutreten und die Beweislast für die Existenz der vom Kompensanten bestrittenen zweiten

---

rechnung gegen die zweite Forderung quoad summam concurrentem getilgt ist, d. h. nicht mehr besteht, nach § 293 (322) C.P.O. jedenfalls in Rechtskraft übergeht, der Effekt, daß der Kläger eine Forderung gerichtlich geltend und sich dafür bezahlt gemacht hat, ohne den Beweis ihrer Existenz geführt zu haben. Hält man nun selbst eine negative Feststellungs- und Bereicherungsklage für möglich, so gelangt man zu zwei einander entgegenstehenden Eiden, wenn man im Vorprozeß den Eid über die Existenz der zweiten Forderung dem Aufrechnungsgegner anvertraute; vergl. oben Anm. 266 268. Zu zwei einander entgegenstehenden Eiden kommt man übrigens jedenfalls in diesem Falle; denn wenn der Aufrechnungsgegner später den nicht aufgerechneten Betrag der zweiten Forderung einklagt, fällt dem früheren Kompensanten der Eid über die Nichtexistenz dieser zweiten Forderung zu. Wenn Römer a. a. O. S. 55 meint, auch der Beklagte, welcher Erlaß der eingeklagten Forderung einwende, müsse beweisen, daß gerade diese ihm erlassen sei, so folgt daraus noch nichts für unseren Fall. Denn wenn der Kläger Erlaß einer zweiten ihm angeblich zustehenden Forderung behauptet, so bestreitet er allerdings damit den vom Beklagten eingewandten Tilgungsfaktor, nämlich den liberatorischen Vertrag. Wer aber Zahlung oder Aufrechnung einwendet, macht die Vornahme eines solchen Rechtsgeschäfts, welches in Hingabe eines Aequivalents bestand, geltend. Zur Substanzirung des Erlaßvertrages, wie überhaupt jedes Vertrages, gehört die Darlegung seines vollkommenen Inhalts, in concreto also vor allem der Nachweis, welche Forderung erlassen sei. Freilich ist, wenn auch nicht die Aufrechnung, so doch die Zahlung nach der herrschenden Ansicht ebenfalls ein Vertrag. Sie unterscheidet sich aber doch wesentlich vom Erlaßvertrag, und zwar ähnlich wie die einseitige Aufrechnung vom Kompensationsvertrag, nämlich dadurch, daß das Liberationsmoment bei ihr die Hingabe des Aequivalents, bei diesem der abstrakte Vertrag ist. Allerdings ist die Thatsache einer geschehenen Aufrechnung oder Zahlung nur eine numeratio und noch keine solutio: zu einer solchen wird die numeratio erst durch die Richtung der numeratio auf eine bestimmte Forderung, „welche dadurch hat getilgt werden sollen" (§ 149 I 16 A.L.R.). Einer ausdrücklichen Anrechnungsbestimmung seitens des Schuldners bedarf es aber, damit die numeratio zu einer solutio werde, natürlich nur dann, wenn mehrere Forderungen dem Schuldner gegenüberstanden. Bestreitet der Schuldner die Mehrheit, so hat er seinen Zahlungseinwand hinreichend substanzirt. Eine Anrechnungsbestimmung ist aber, wie die Motive (vergl. oben Anm. 220) sagen, kein essentieller Bestandtheil der Aufrechnung bezw. der Zahlung, beide gelten ungeachtet jenes Mangels als vollzogen. Stehen nun dem Schuldner mehrere Forderungen gegenüber, und der Schuldner wußte dies, so gilt bei Mangel einer Anrechnungsbestimmung kraft einer praesumtio juris et de jure sein Wille auf Zahlung der nach der gesetzlichen Reihenfolge zuerst in Betracht kommenden

Digitized by Google

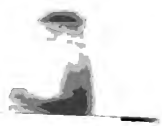
Forderung des Aufrechnungsgegners diesem Letzteren aufzuerlegen. Gerade wenn man die Möglichkeit einer nachfolgenden negativen Fest-

Forderung gerichtet. Bestreitet aber der Schuldner die Mehrheit von Forderungen, so kann man auch bei Mangel einer Anrechnungsbestimmung nichts präsumiren; höchstens müßte man annehmen, daß der Gläubiger sich weigere, die ihm auf seine unstreitige Forderung angebotene Zahlung anzunehmen. Daß seine Weigerung berechtigt sei, muß er dann durch den Nachweis der Existenz einer Forderungsmehrheit darthun. Zahlung und Aufrechnung als Liberationsfaktoren sind allemal schon dann erwiesen, wenn die Hingabe eines geeigneten Aequivalents nachgewiesen wird, es sei denn, daß mehrere zu tilgende Forderungen vorliegen. Dann ist die bloße Hingabe allerdings nur numeratio und noch nicht solutio. Daß aber ein solcher Fall vorliege, muß der Kläger beweisen. Derselben Ansicht Eccius a. a. O. Bd. I S. 576 Note 82, S. 577, 578 Note 90 und die daselbst citirten Entscheidungen, insbes. in Striethorst's Archiv Bd. XLV S. 321, Bd. LII S. 50. Beim Erlaßvertrag ist der Liberationsfaktor der Vertrag, nicht wie bei der Zahlung oder Aufrechnung die Hingabe eines Aequivalents. Von einem Aequivalent ist beim Erlaßvertrag in der Regel keine Rede; wo ein solches aber doch dem Erlassenden gewährt wurde, ist dennoch nicht dieses, sondern der abstrakte Vertrag der Liberationsfaktor. Hatte der Beklagte dem Kläger für den Erlaß der nun trotzdem eingeklagten Forderung ein Aequivalent gewährt, z. B. seinerseits eine Gegenforderung erlassen, d. h. liegt z. B. ein Kompensationsvertrag (gegenseitiger Erlaßvertrag, vergl. oben hinter Anm. 70) vor, und der Beklagte wendet diesen ein, der Kläger bestreitet aber dessen Vorliegen mit der Motivirung, er habe dem Beklagten nicht die eingeklagte, sondern eine andere Forderung gegen den Erlaß einer Gegenforderung erlassen, der Beklagte seinerseits bestreitet dagegen überhaupt die Existenz jener zweiten Forderung, so muß der Beklagte allerdings den liberatorischen Kompensationsvertrag in vollem Umfange beweisen. Dies stimmt mit dem oben bei Anm. 84 Gesagten völlig überein, wo der Aufrechnungsgegner, welcher Tilgung der aufgerechneten Gegenforderung durch entgegenstehenden Kompensationsvertrag behauptete, in vollem Umfange für den Inhalt des Vertrages für beweispflichtig erklärt worden war. Jeder, der sich auf einen Kompensationsvertrag beruft, beruft sich eben auf den Vertrag, nicht auf die Hingabe eines Aequivalents. Die Sachlage war oben bei Anm. 84 die gleiche wie hier mit dem Unterschied, daß dort der Aufrechnungsgegner (Kläger) gegenüber dem Kompensanten (Beklagten) sich auf einen entgegenstehenden Kompensationsvertrag berief, hier der Kläger den vom Beklagten geltend gemachten Kompensationsvertrag motivirt bestreitet mit dem Hinzufügen, nicht die eingeklagte, sondern eine andere Forderung sei durch den Vertrag aufgehoben worden. Die folgende Darstellung wird an Deutlichkeit gewinnen, wenn wir lediglich den zweiten Fall betrachten. Liegt ein solcher Fall nun vor, so wäre es, wenn der Beklagte die Existenz der zweiten Forderung bestreitet, fehlerhaft, in den Eid, der für den Kläger normirt wird, die Behauptung aufzunehmen, es sei jene bestrittene

Digitized by Google

[illegible] erkennt man, wie sinn-
[illegible] dem Aufrechnungsgegner

[illegible] worden. Die Einschiebung [illegible] wäre nämlich entweder über- [illegible] Beweislastvertheilung. Man wolle [illegible] einen Kompensationsvertrag [illegible] nur dann geltend machen, [illegible] Aufrechnungsmöglichkeit oder [illegible] oder Anrechnung vereinbarte, d. h. [illegible] eine andere aufrechenbare For- [illegible] Gesetze den Vorrang zur Au- [illegible] braucht in den Eid des diesen Ve- [illegible] gestellt sein, ein solcher Vertra- [illegible] Eid, so entfällt schon damit [illegible] Gegenforderung gegen die Klageforderun- [illegible] noch mehrere andere aufrechenbare Fo- [illegible] bestehen oder nicht. In diesem Falle wä- [illegible] der Vertrag habe eine andere — zweite — [illegible] überflüssig. Enthält aber der vom B- [illegible] Kompensationsvertrag nur eine mit der gesetzlich- [illegible] Anrechnungsreihenfolge kongruente Vollziehung einer Au- [illegible] überhaupt nur eine zu tilgende Forderung dem Kläg- [illegible] wäre der Beklagte sehr thöricht, wenn er sich im Prozeß auf Vert- [illegible] Aufrechnungsrecht beriefe. Der Beklagte, der einen d- [illegible] Aufrechnungsrecht kongruenten Vertrag abschloß, wird dann wo- [illegible] stets einwenden: „Uebrigens war die in dem Vertrag erlass- [illegible] des Klägers auch die einzig zu tilgende.“ Wenn dann der Kläg- [illegible] beharrt, es sei allerdings, wie der Beklagte im Anfang selbst behaup- [illegible] habe, ein Kompensationsvertrag geschlossen worden, aber durch diesen sei nic- [illegible] die eingeklagte, sondern jene andere bestrittene Forderung gegen die Geg- [illegible] forderung aufgerechnet worden, so wäre diese Behauptung die Behauptun- [illegible] eines der vom Beklagten eingewendeten Anrechnungsbestimmung entgeg- [illegible] stehenden Uebereinkommens und, wie oben hinter Anm. 81 und zwischen An- [illegible] 252 und 253 ausgeführt, dann nicht als Bestreiten der vom Beklagten e- [illegible] gewandten Aufrechnung aufzufassen, wenn entweder das replicando geltend [illegible] machte Aufrechnungsgeschäft früher als die Aufrechnung, auf welche der [illegible] klagte sich einredeweise beruft, vollzogen worden sein soll, oder wenn [illegible] Bestehen mehrerer aufrechenbarer Forderungen auf Seiten des Kläg- [illegible] bestritten wird. In diesem Falle wäre also die Einstellung der Behaupt- [illegible] es sei gegen die zweite Forderung aufgerechnet worden, eine unrichtige [illegible] theilung der Beweislast. Es ist daher nicht richtig, daß bei Bestreiten e- [illegible] angewendeten compensatio in praeteritum der Kläger zum Eide über [illegible] Bestehen einer zweiten ihm angeblich zustehenden Forderung kommt. Die S-



Digitized by Google

stellungs- und Bereicherungsklage zugiebt, erkennt man, wie sinnwidrig es sein würde, im ersten Prozeß dem Aufrechnungsgegner

---

Forderung in dem Kompensationsvertrag aufgehoben worden. Die Einschiebung dieser positiven Thatsache in die Eidesnorm wäre nämlich entweder überflüssig oder die Folge einer unrichtigen Beweislastvertheilung. Man wolle sich vergegenwärtigen: Der Beklagte wird nur dann einen Kompensationsvertrag abschließen, er wird ihn wenigstens im Prozesse nur dann geltend machen, wenn dieser Vertrag eine von der gesetzlichen Aufrechnungsmöglichkeit oder Anrechnungsreihenfolge abweichende Auf- oder Anrechnung vereinbarte, d. h. mit anderen Worten, wenn mindestens noch eine andere aufrechenbare Forderung dem Gegner zustand, welche nach dem Gesetze den Vorrang zur Auf- oder Anrechnung hatte. In diesem Falle braucht in den Eid des diesen Vertrag leugnenden Klägers lediglich die Negative gestellt sein, ein solcher Vertrag existire nicht. Schwört der Kläger diesen Eid, so entfällt schon damit für den Beklagten die Möglichkeit, seine Gegenforderung gegen die Klageforderung auf- oder anzurechnen, mögen nun noch mehrere andere aufrechenbare Forderungen auf Seiten des Klägers bestehen oder nicht. In diesem Falle wäre also die Aufnahme der Thatsache, der Vertrag habe eine andere — zweite — Forderung des Klägers betroffen, überflüssig. Enthält aber der vom Beklagten geltend gemachte Kompensationsvertrag nur eine mit der gesetzlichen Aufrechenbarkeit und Anrechnungsreihenfolge kongruente Vollziehung einer Aufrechnung, d. h. insofern überhaupt nur eine zu tilgende Forderung dem Kläger zustand, so wäre der Beklagte sehr thöricht, wenn er sich im Prozeß auf Vertrag statt auf sein gutes Aufrechnungsrecht beriefe. Der Beklagte, der einen dem gesetzlichen Aufrechnungsrecht kongruenten Vertrag abschloß, wird dann wohl auch im Prozeß stets einwenden: „Uebrigens war die in dem Vertrag erlassene Forderung des Klägers auch die einzig zu tilgende." Wenn dann der Kläger darauf beharrt, es sei allerdings, wie der Beklagte im Anfang selbst behauptet habe, ein Kompensationsvertrag geschlossen worden, aber durch diesen sei nicht die eingeklagte, sondern jene andere bestrittene Forderung gegen die Gegenforderung aufgerechnet worden, so wäre diese Behauptung die Behauptung eines der vom Beklagten eingewendeten Anrechnungsbestimmung entgegenstehenden Uebereinkommens und, wie oben hinter Anm. 81 und zwischen Anm. 252 und 253 ausgeführt, dann nicht als Bestreiten der vom Beklagten eingewandten Aufrechnung aufzufassen, wenn entweder das replicando geltend gemachte Aufrechnungsgeschäft früher als die Aufrechnung, auf welche der Beklagte sich einredeweise beruft, vollzogen worden sein soll, oder wenn das Bestehen mehrerer aufrechenbarer Forderungen auf Seiten des Klägers bestritten wird. In diesem Falle wäre also die Einstellung der Behauptung, es sei gegen die zweite Forderung aufgerechnet worden, eine unrichtige Vertheilung der Beweislast. Es ist daher nicht richtig, daß bei Bestreiten einer angewendeten compensatio in praeteritum der Kläger zum Eide über das Bestehen einer zweiten ihm angeblich zustehenden Forderung kommt. Die Sach-

Digitized by Google

den Eid über die Existenz seiner zweiten Forderung anzuvertrauen. Der Richter nämlich, welcher dem Aufrechnungsgegner

lage bei Geltendmachung eines Kompensationsvertrages ist übrigens materiell wie formell durchaus verschieden von der bei Geltendmachung einer einseitigen Aufrechnung. Wird in Folge des eidlichen Leugnens des Klägers die Einrede des gegenseitigen Erlaßvertrages (Kompensationsvertrages) verworfen, und der Beklagte verurtheilt, so ist damit die Gegenforderung des Beklagten nicht, wie oben bei Anm. 264—266, rechtskräftig aberkannt; denn § 293 (322) Abs. 2 C.P.O. ist nur anwendbar, wenn die „Aufrechnung einer Gegenforderung", nicht aber wenn Erlaß der Klageforderung durch Kompensationsvertrag geltend gemacht worden ist. Das den Beklagten verurtheilende Erkenntniß beruht nicht, wie oben, auf der Geltendmachung einer zweiten Forderung seitens des Klägers, sondern ist ganz unabhängig davon. Es entfällt schon aus diesen Gründen die Möglichkeit einer negativen Feststellungs- und Bereicherungsklage für den Beklagten; denn da Kläger das auf Grund des ersten Urtheils Beigetriebene gar nicht in Folge des Berühmens einer zweiten Forderung erlangt hat, fehlt selbst bei Feststellung des Nichtbestandenhabens dieser zweiten Forderung für eine actio de in rem verso auf Herausgabe des Beigetriebenen das Fundament des „Habens ohne Rechtsgrund", und damit für die Feststellungsklage das rechtliche Interesse. Dagegen wäre die Möglichkeit einer Kondiktion auf Wiederherstellung der durch den Kompensationsvertrag erlassenen Gegenforderung theoretisch zu erwägen, indessen praktisch werthlos, da in dem neuen Prozeß der Kondiktionskläger wieder das Bestehen des Vertrages, so wie er ihn behauptete, darthun, also der frühere Kläger wiederum zum Eide über den Vertrag kommen würde. Man bedarf aber eben bei richtiger Vertheilung der Beweislast (d. h. Normirung des Eides, wie oben ausgeführt) hier gerade so wenig einer Kondiktion, wie man einer Provokation und Bereicherungsklage oben (vergl. Anm. 264—266) bei richtiger Beweislastvertheilung bedarf. — Nach alledem präjudizirt die bezüglich des Aufrechnungsvertrages getroffene Entscheidung über die Beweislastvertheilung der Ansicht, daß der Aufrechnungsgegner die Existenz einer zweiten bestrittenen Forderung zu beweisen habe, nicht. Auf dem von uns vertretenen Standpunkt des Reichsgerichts scheint auch das R.O.H.G. in seiner letzten Entscheidung (vergl. oben Anm. 259) zu stehen. Dies ist von besonderem Werthe, da das R.O.H.G. in dieser Entscheidung Bd. XIX S. 248 ff. im übrigen die Beweislast ebenso wie der Verfasser vertheilt, insbesondere auch auf die Analogie des Falles eines den unbedingten Vertragsabschluß unter Behauptung einer Suspensivbedingung bestreitenden Beklagten verweist. Zur Analogie mit dem vom R.O.H.G. behandelten Falle bieten auch die Behauptung des auf Vertragserfüllung Beklagten, er habe den klagebegründenden Vertrag als Stellvertreter eines Dritten abgeschlossen (R.G.Entsch. in Civ.S. Bd. III S. 122 im Gegensatz zu Gruchot, Beiträge Bd. XII S. 633 ff.), und die Behauptung des Beklagten, das in der Klage geltend gemachte Kaufgeschäft sei unter Vereinbarung gewisser Zahlungsmodalitäten geschlossen (Reichsgericht vom 10. Mai 1884

Digitized by Google

den Eid über die Existenz seiner bestrittenen zweiten Forderung anvertrauen und dadurch eine wider Willen des Kompensanten vollzogene An- und Aufrechnung als geschehen aussprechen würde. wüßte von Haus aus, daß in dem sicherlich folgenden Feststellungsprozeß die Nichtexistenz der Forderung auf den Eid des Kompensanten gestellt werden würde. Die Abnahme des Eides wäre also eine reine Farce und hätte die Folge, daß rechtskräftig die aufgerechnete Gegenforderung für gegen die zweite klägerische Forderung aufgerechnet, d. h. für nicht (mehr) bestehend erklärt würde, daß aber, wenn später im Feststellungsprozeß diese zweite Forderung für nicht bestehend erklärt würde, die aufgerechnete Gegenforderung wieder als von Anfang an unverändert bestehend zu betrachten wäre.[273])

Aber — wie bereits bemerkt[274]) — den uns eigentlich interessirenden Fall, wie die Beweislast zu vertheilen sei, wenn eine An-

bei Gruchot a. a. O. Bd. XIX S. 727), Anlaß. Diese hat das RG. für qualifizirte Geständnisse erklärt; vergl. Stölzel, Schulung für die civilist. Praxis Bd. I 2. Aufl., Berlin 1896, S. 167 ff. Allein der hier zu beurtheilende Fall weist mit den genannten keine Analogie auf. Der Verfasser steht auf dem Boden der Stölzel'schen Beweistheorie. Doch glaubt er trotzdem, daß diese Stellung nicht zu der Römer'schen Ansicht führen muß. Auch die von Stölzel in seiner „Eventualaufrechnung" gefundenen Resultate, die u. a. oben bei Anm. 4 verwerthet sind, und die darin gipfeln, daß der Kompensant nur Klageabweisung anstrebt, nicht aber seine Gegenforderung zum Gegenstand eines Angriffs macht, stimmen zwar mit der auch von uns zugegebenen Römer'schen Prämisse, die Geltendmachung der zweiten Forderung erstrebe nur eine Verurtheilung nach dem Klageantrag, und sei kein neues Angriffsmittel, überein, führen aber bezüglich der Beweislastvertheilung zu keinem anderen Ergebniß. Es beweist im Gegentheil gerade die Uebereinstimmung von Römer's Prämisse mit der Stölzel's die Unhaltbarkeit der Römer'schen Ansicht; denn niemand wird behaupten, daß Stölzel's Theorie dazu nöthige, dem Kläger den Beweis für das Nichtbestehen der aufgerechneten Gegenforderung aufzuerlegen. Daß die Geltendmachung einer zweiten Forderung nicht, wie die der Gegenforderung, Aufrechnung, sondern Substitution zwecks Anrechnung bezweckt, hindert nicht, daß es eine Geltendmachung jener Forderung bleibt, weshalb es also auch zulässig ist, eine Analogie mit der Aufrechnung bezüglich der Beweislastvertheilung zu ziehen. Wenn Römer a. a. O. S. 55 meint, die Beweislast ist nur nach theoretischen Deduktionen, unbeirrt um die praktischen Konsequenzen, zu vertheilen, so kann diese Ansicht nicht generell unterschrieben werden.

[273]) Vergl. Planck a. a. O. Note 2 zu § 387.

[274]) Vergl. oben bei Anm. 255.

Digitized by Google

rechnungsbestimmung vorgelegen hat, dieser aber unter Hinweis einer Mehrheit aufrechenbarer Forderungen widersprochen worden ist, berührt die Kontroverse nicht. Mag der Kompensant nun die Erhebung des Widerspruches durch den Gegner bestreiten oder einräumen, immer hat jedenfalls der Gegner bei Bestreiten des Kompensanten zu beweisen, daß sein Widerspruch erheblich[275]) war, d. h. daß mehrere aufrechenbare Forderungen vorliegen. Das gilt nach preußischem Recht wie nach B. G.B. mit dem einzigen Unterschiede, daß nach Führung dieses Beweises dort der Kompensant die Nichterhebung, hier der Aufrechnungsgegner die Erhebung des Widerspruches nachzuweisen hat. Giebt der Kompensant die Erhebung des Widerspruches zu, bestreitet aber seine Erheblichkeit, so ist zwar materiell die Sachlage die gleiche, wie wenn die Aufrechnungserklärung ohne Anrechnungsbestimmung erklärt worden wäre (§ 396 Abs. 1 Satz 2 B. G.B.), für die Beweislastvertheilung ergeben sich aber Unterschiede. Dies hatten wir bereits oben[276]) angedeutet.

Wir sind nun zwar oben schließlich der Ansicht beigetreten, daß auch bei Mangel einer Anrechnungsbestimmung der Kläger, der Aufrechnung auf eine andere aufrechenbare Forderung als die eingeklagte verlangt, deren Existenz zu beweisen hat. In dem Falle, daß eine widersprochene Anrechnungsbestimmung vorlag, greifen aber alle die von der gegnerischen Seite für den Fall einer mangelnden Anrechnungsbestimmung geltend gemachten Gründe nicht einmal Platz. Dort hätte man für die gegnerische Ansicht noch immerhin den Umstand anführen können, daß die vorgeschützte Aufrechnungserklärung ohne Anrechnungsbestimmung überhaupt vorläufig noch jeder Spitze entbehre.[277]) Hat aber die Aufrechnungserklärung eine solche Spitze gehabt, und der Aufrechnungsgegner behauptet, in der Lage gewesen zu sein, durch Erhebung des Widerspruches die Spitze von der bedrohten Forderung auf andere ablenken zu können, der Kompensant bestreitet indessen, daß eine solche Lage gegeben sei, so muß der Aufrechnungsgegner um so mehr beweisen, daß seinem Widerspruche irgend eine Bedeutung habe innewohnen können. Bei dem aus § 396 Abs. 1

[275]) Vergl. oben zwischen Anm. 237 u. 238.

[276]) Vergl. oben bei Anm. 253.

[277]) Nach der diesseitigen, oben in Anm. 272 ausführlich begründeten Ansicht greift dieser Grund allerdings nicht durch.

Digitized by Google

Satz 2 B. G.B. erhobenen Widerspruch ist dies unter allen Umständen der Fall. Dieser Widerspruch ist Geltendmachung eines selbständigen Gegenrechtes. Der Kompensant, welcher zwar die Erhebung des Widerspruches durch den Aufrechnungsgegner zugiebt, aber bestreitet, daß eine Mehrheit aufrechenbarer Forderungen vorhanden gewesen sei, bestreitet die Voraussetzungen des geltend gemachten Rechtes, also dieses Recht selbst.

Wir können nun dies heikle Gebiet der Beweislast verlassen, um zum Schluß der Arbeit die bereits wiederholt[278]) gestreifte Frage zu erörtern, ob die zweite der Gegenforderung entgegengestellte Forderung des Aufrechnungsgegners durch die Rechtskraft eines Urtheils, welches den kompensirenden Beklagten wegen Auf- und Anrechnung der compensando der Klageforderung entgegengestellten Gegenforderung auf jene zweite Forderung des Aufrechnungsgegners verurtheile, quoad summam concurrentem ergriffen werde. Die Antwort auf diese Frage ist zugleich eine Einlösung der oben[279]) ebenfalls wiederholt gemachten Zusicherung, daß unsere prinzipielle Auffassung von der materiell rechtlichen Natur des erklärten Widerspruches im Gegensatze zu einer compensatio compensationis erheblich im Prozeß werde.

§ 293 (322) Abs. 2 C.P.O. in seiner neuen Fassung[280]) lautet ja: „Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig." Da nun oben[281]) festgestellt worden ist, daß der Widerspruch des Aufrechnungsgegners zwar eine neue Forderung der Forderung, gegen welche aufgerechnet wurde, substituirt, nicht aber diese neue Forderung als Gegenforderung gegen die vom Kompensanten ursprünglich aufgerechnete Gegenforderung aufrechnet, d. h. also keine Verschiebung der Parteirollen nach sich zieht, so ist schon seinem Wortlaut nach der § 293 (332) Abs. 2 C.P.O. nicht auf die substituirte zweite Forderung anwendbar; diese ist eben eine Forderung, gegen welche aufgerechnet

[278]) Vergl. oben zwischen den Anm. 262 und 264.
[279]) Vergl. oben bei Anm. 147 und 228.
[280]) Vergl. oben Anm. 153.
[281]) Vergl. Anm. 279; vergl. ferner noch insbes. im § 1 hinter Anm. 8ff.

Digitized by Google

wurde, aber keine „Gegenforderung", deren „Aufrechnung geltend gemacht" wurde. Es wäre aber auch sinnwidrig, wenn man annehmen wollte, die Rechtskraft ergreife jene Forderung. Wie die gesammten obigen Ausführungen bewiesen haben, ist die Sachlage bei der Kompensationseinrede nicht anders als bei der Zahlungseinrede, d. h. die Entscheidung, durch welche der Beklagte klagegemäß verurtheilt wird, weil die angeblich auf die Klageforderung geleistete Zahlung auf eine andere Forderung des Klägers anzurechnen sei, steht sachlich einer Entscheidung, durch welche der Beklagte verurtheilt wird, weil seine angeblich auf die Klageforderung aufzurechnende Gegenforderung auf eine andere klägerische Forderung aufzurechnen sei, vollkommen gleich. Wem in aller Welt würde aber der Gedanke beifallen, daß die Rechtskraft des den Beklagten mit seiner Zahlungseinrede zurückweisenden und ihn verurtheilenden Erkenntnisses die Forderung ergreifen könnte, auf welche die Zahlung anzurechnen ist? Und wie, wenigstens nach § 293 (322) C.PO.,[282]), eine solche Ausdehnung der Rechtskraft bei der Zahlung unzulässig wäre, ist sie unzulässig auch bei der Aufrechnung.

Daß ein den kompensirenden Beklagten verurtheilendes Erkenntniß in unserem Falle rechtskräftig ausspricht, daß die aufgerechnete Gegenforderung nicht (mehr) besteht, dürfte nicht zweifelhaft sein. Der Richter kann nur dann zur Verurtheilung des kompensirenden Beklagten gelangen, wenn er dessen aufgerechnete Gegenforderung, *welcher weder die allgemeine noch die konkrete Aufrechenbarkeit fehlt*, für gegen eine andere klägerische Forderung *aufgerechnet*, d. h. also für nicht (mehr) *bestehend* erklärt. Durch den Widerspruch des Aufrechnungsgegners gilt die Aufrechnung nach § 396 Abs. 1 B. G.B. ipso jure als in der gesetzlichen Reihenfolge erfolgt, keineswegs als abgelehnt.[283]) Der Richter, der dies (deklaratorisch) ausspricht, erklärt

[282]) Ob eine solche Ausdehnung der Rechtskraft nach der *Savigny*'schen Theorie, welche die Urtheils*elemente* rechtskräftig werden ließ, anzunehmen gewesen wäre, kann hier dahingestellt bleiben; vergl. darüber *Stölzel*, a. a. O. Eventualaufrechnung, S. 62 ff.

[283]) Vergl. oben bei Anm. 183; vergl. auch bei Anm. 52 und 55. Der Beklagte kann, wenn auch nicht die Aufrechnung, so doch die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß, d. h. die Einrede, daß die Klageforderung durch Aufrechnung erlassen sei, zurücknehmen; vergl. *Kohler* a. a. O. in der Ztschr. f. Civ.Proz. Bd. XX S. 15; abweichend dagegen a. a. O. Bd. XXIV S. 27; vergl. oben Anm. 10. Er vermeidet dadurch, daß seine Gegen-

Digitized by Google

damit die aufgerechnete Gegenforderung für nicht bestehend, keineswegs läßt er die Thatsache, ob sie gegen die zweite klägerische Forderung für aufgerechnet anzunehmen sei, dahingestellt.

Aus der Thatsache, daß die Rechtskraft eines den kompensirenden Beklagten aus den angegebenen Gründen verurtheilenden Erkenntnisses nicht auch die zweite klägerische Forderung ergreift, folgt, daß die von uns oben verworfene Ansicht, dem Aufrechnungsgegner gebühre im ersten Prozeß der Eid über das Bestehen seiner zweiten bestrittenen Forderung, den Kompensanten vielleicht nicht definitiv um das Seinige bringt, denn der Kompensant könnte, wie auch schon oben[284]) ausgeführt, immer noch mit einer negativen Feststellungs- und Bereicherungsklage gegen den Gegner vorgehen. Auf eine nähere Erörterung der nicht ganz unzweifelhaften[285]) Frage, ob dieser Weg gangbar sein würde, kann aber hier verzichtet werden; denn die obigen gerade für diesen dem Kompensanten günstigsten Fall gemachten Ausführungen haben ergeben, daß auch schon im ersten Prozeß dem Aufrechnungsgegner die Beweislast für die Existenz noch einer zweiten Forderung treffen muß.[286]) Der Kompensant kann also weiterer Mittel in der Regel entrathen.

Aus der Thatsache, daß die Geltendmachung einer zweiten Forderung durch Widerspruch zwecks Anrechnung keine compensatio compensationis, d. h. keine Gegenaufrechnung, ist, folgt ferner, daß die §§ 136, 274 (145, 302) C.P.O. ihrem Wortlaut nach nicht auf dieselbe anwendbar sind.[287])

forderung für durch Aufrechnung gegen jene zweite, von ihm bestrittene Forderung des Klägers getilgt erklärt wird, und kann später, da die Aufrechnung gegen eine nicht bestehende Forderung die aufgerechnete Forderung unverändert bestehen bleiben läßt — vergl. Planck a. a. O., Note 2 zu § 387 — seine Forderung klageweise geltend machen.

[284]) Vergl. die oben in Anm. 278 citirte Stelle.

[285]) Vergl. oben Anm. 265, 266. Die dort gegebene Konstruktion dürfte vielleicht die Bedenken beseitigen; vergl. dagegen die Ausführungen über den Kompensationsvertrag in der Anm. 272 in der Mitte. Verteilt man die Beweislast bei der einseitigen Aufrechnung wie der Verfasser im Anschluß an das Reichsgericht, so sind weitere Klagen entbehrlich.

[286]) Vergl. insbes. Anm. 272.

[287]) Kohler a. a. O. Bd. XX S. 54 zieht diese Konsequenz für die Fälle, in denen die bisherige Theorie eine compensatio compensationis für möglich hielt. Die Fälle sind, wie oben in den §§ 2 und 3 gezeigt wurde,

Digitized by Google

Der Richter darf alſo weder gemäß § 136 C.P.O. eine Trennung der Prozeſſe vornehmen, noch gemäß § 274 C.P.O. ein Vorbehaltsurtheil erlaſſen. Dagegen kann der Richter gemäß § 137 (146) C.P.O. anordnen, daß die Verhandlung zunächſt auf die durch Widerſpruch geltend gemachte zweite klägeriſche Forderung zu beſchränken ſei. Wenn nämlich z. B. der Kläger die aufgerechnete Gegenforderung beſtreitet, überdies geltend macht, daß, falls ſie beſtände, die Gegenforderung jedenfalls auf eine andere ſeiner Forderungen aufzurechnen ſei, ſo wird der Richter ſofort im Hauptprozeß oder, wenn es unter Anwendung der §§ 136, 274 C.P.O. über die aufgerechnete Gegenforderung zum beſonderen Prozeſſe kommt, in dieſem gemäß § 137 C.P.O. dann die Verhandlung zunächſt auf die zweite klägeriſche Forderung beſchränken, wenn die Beweiserhebung über die aufgerechnete Gegenforderung langwierig, die über die zweite klägeriſche Forderung dagegen kurz und einfach zu werden ſcheint. Ergiebt die Beweisaufnahme das Beſtehen der zweiten Forderung, ſowie die Vorausſetzungen der §§ 396 Abſ. 1 Satz 2, 366 Abſ. 2 B.G.B., ſo wird der Richter gemäß § 275 (303) C.P.O. durch Zwiſchenurtheil, bezw. gemäß § 274 (302) Abſ. 4 (der neuen Faſſung) C.P.O. durch das erlaſſene Vorbehaltsurtheil beſtätigendes Endurtheil die Kompenſationseinrede verwerfen, indem er die Frage, ob die aufgerechnete Gegenforderung beſtand oder nicht, dahingeſtellt bleiben läßt. Unzweifelhaft iſt dieſe Trennungsbefugniß in dem zuletzt genannten, uns hier eigentlich allein beſchäftigenden Fall, nämlich, wenn der Kläger (Aufrechnungsgegner) unverzügliche Widerſpruchserhebung unter Hinweis auf eine noch beſtehende zweite Forderung geltend macht, da dies wie oben[288]) dargethan, nach § 396 Abſ. 1 Satz 2 B.G.B. jedenfalls eine Replik, d. h. ein ſelbſtändiges Angriffsmittel im Sinne des § 137 C.P.O. iſt. Liegt dagegen Mangel einer Anrechnungsbeſtimmung vor, ſo müſſen die, welche in der Geltendmachung einer zweiten Forderung ſeitens des Klägers ein Beſtreiten der Kompenſationseinrede erblicken,[289]) eine Trennung in der oben geſchilderten Weiſe für unzuläſſig halten.

überhaupt keine compensationes compensationis. Ebenſo wenig iſt aber auch der Widerſpruch gegen die Aufrechnungserklärung eine compensatio compensationis. und deshalb ſind die §§ 136, 274 (145, 302) C.P.O. auch auf ihn nicht anwendbar.

[288]) Vergl. oben bei Anm. 276, 277.

[289]) Vergl. oben Anm. 259.

Digitized by Google

Der Nachweis des Aufrechnungsgegners in jenem nach §§ 136, 274 C.P.O. auf die Kompensationseinrede beschränkten Prozeß, daß Erhebung des Widerspruchs und die Existenz noch einer zweiten aufrechenbaren Forderung vorliegen, ist — wie schon aus dem Gesagten ersichtlich ist — noch nicht definitiv dafür entscheidend, daß die Kompensationseinrede verworfen wird; vielmehr bleibt dem Kompensanten der Gegenbeweis offen, daß er gemäß § 366 Abs. 2 B.G.B. dennoch die Anrechnung seiner Gegenforderung auf die Klageforderung begehren könne. Vermag er dies, so wird das Vorbehaltsurtheil gemäß § 274 (302) Abs. 4 (der Neuredaktion) C.P.O. aufgehoben. Dies folgt einerseits daraus, daß der Widerspruch nicht die Anrechnung der aufgerechneten Gegenforderung nach dem freien Belieben des Widersprechenden zur Folge hat, andererseits daraus, daß der getrennte Prozeß der §§ 136, 274 C.P.O. kein selbständiger neuer Prozeß über das Bestehen oder Nichtbestehen der aufgerechneten Gegenforderung, sondern ein Prozeß über die Zulässigkeit der Kompensationseinrede ist. Wäre der getrennte Prozeß ein selbständiger neuer Prozeß über das Bestehen oder Nichtbestehen der aufgerechneten Gegenforderung, und würde entweder der Widerspruch die Anrechnung nach freiem Belieben des Widersprechenden vollziehen, oder wäre die Präsentation einer zweiten Forderung zur Anrechnung durch Widerspruch eine compensatio compensationis,[290]) so würde der Nachweis der Widerspruchserhebung und des Bestehens jener zweiten Forderung schon allein zum Unterliegen des Kompensanten in jenem getrennten Prozeß führen. Daß der Kompensant (Beklagter) und nicht der Gegner (Kläger) den Beweis für die Beobachtung der Anrechnungsregeln des § 366 Abs. 2 B.G.B. (sc. nach Nachweis des Bestehens der Forderungsmehrheit und der Widerspruchserhebung seitens des Klägers) zu führen hat, ist bereits oben[291]) dargethan worden, übrigens ebenfalls ein Beleg dafür, daß weder der Widerspruch eine compensatio compensationis,[292]) noch der getrennte Prozeß[293]) ein selbständiger neuer Prozeß, m. a. W. weder jener von einer Verschiebung der Parteirollen der Forderungen.

[290]) Vergl. oben bei Anm. 9, 221 und 230.

[291]) Vergl. oben bei Anm. 243 und 246.

[292]) Vergl. oben hinter Anm. 8.

[293]) Richtig Wilmowski u. Levy, Kommentar zur C.P.O., 7. Aufl. S. 240 (Bd. I), Note 2 zu § 136.

Digitized by Google

noch dieser von einer Verschiebung der Parteirollen der Prozeßparteien begleitet ist.

Als letzte Folge des Umstandes, daß die Geltendmachung einer zweiten Forderung zur Anrechnung der aufgerechneten Gegenforderung auf sie durch Widerspruch keine compensatio compensationis ist, sei hervorgehoben, daß die sich hierauf stützende Replik der Kompensationseinrede gegenüber im Prozesse trotz § 209 Nr. 3 B. G.B. nicht die Kraft besitzt, die Verjährung jener zweiten Forderung zu unterbrechen, da darin eben keine „Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozesse" liegt.[294])[295])

[294]) Anhangsweise zum § 7 sei noch bemerkt: Planck a. a. O. Note 1 zu § 396 verneint die Zulässigkeit der Anrechnung der aufgerechneten Gegenforderung auf eine verjährte Forderung; er thut dies auf Grund seiner Auslegung der Worte: „eine geringere Sicherheit bietende Forderung" im § 366 Abs. 2 B. G.B. Diese Auslegung war oben hinter Anm. 178 zurückgewiesen und daraus gefolgert worden, daß vorzugsweise Anrechnung auf einer der Verjährung nahe Forderung erfolgen müsse. Dagegen war oben hinter Anm. 212 die Zulässigkeit der Anrechnung auf eine verjährte Forderung wider Willen des Kompensanten ebenfalls verneint worden. Der Grund hierfür ist, wie hier bei der Wichtigkeit des Falles ausdrücklich betont werden mag, lediglich wieder der Umstand, daß der „Widerspruch" die neue Forderung des Aufrechnungsgegners nicht aufrechnet, § 390 Satz 2 B. G.B. aber nur die Aufrechnung einer verjährten Forderung gestattet. Eine weitere wichtige materiellrechtliche Konsequenz der oben gewonnenen Sätze! Vergl. oben Anm. 213.

[295]) Der „Widerspruch" kann, wenn ein mehrfacher Gläubiger eine seiner Forderungen abtrat, auch von dem Cessionar erhoben werden, wenn der Cessus eine ihm gegen den Cedenten zustehende Gegenforderung gegen die cedirte Forderung aufrechnet, die Gegenforderung aber nach Maßgabe der gesetzlichen Anrechnungsreihenfolge auf eine andere Forderung des Cedenten anzurechnen gewesen wäre; ebenso Eccius a. a. O. Bd. I S. 598 § 94 Note 34. Nach B. G.B. ist genau so wie für das preußische Recht zu entscheiden.

Digitized by Google

5.

Der Artikel 171 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Von Amtsrichter und Professor **Dr. Schumacher** in Köln.

Der Artikel 171 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmt:

„Ein zur Zeit des Inkrafttretens des B. G.B. bestehendes Mieth-, Pacht- oder Dienstverhältniß bestimmt sich, wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des B. G.B. für den ersten Termin erfolgt, für den sie nach den bisherigen Gesetzen zulässig ist, von diesem Termin an nach den Vorschriften des B. G.B."

Die Vorverhandlungen (Kom. Prot. vergl. Haidlen. Das B. G.B. nebst Einführungsgesetz 1897) enthalten zu diesem Artikel folgendes: Wenn der Vertrag nicht zum ersten Termine nach dem Inkrafttreten des B. G.B. gekündigt wird, so sollen die Vorschriften des neuen Rechts, insbesondere die Bestimmungen über das Pfandrecht des Vermiethers, die §§ 559, 560 B. G.B., zur Geltung kommen. Durch eine Vorschrift dieser Art wird man dem muthmaßlichen Willen der Betheiligten am meisten gerecht. Diese stellen sich die Lage so vor, daß mit dem Inkrafttreten des B. G.B. das ganze Verhältniß nach dem Ablauf des ersten Kündigungstermines von dem neuen Rechte beherrscht werde. Bei der großen Zahl und der großen Bedeutung der in Rede stehenden Verträge erscheint es im öffentlichen Interesse wünschenswerth, eine längere Geltung der Normen des alten Rechtes möglichst abzuschneiden.

Bei der Auslegung dieses Artikels haben sich vier Meinungen gebildet:

1. Die Betheiligten können das Mieth-, Pacht- oder Dienstverhältniß bis zum 1. Januar 1900 aufkündigen. Erfolgt keine

Digitized by Google

Kündigung, so steht der Vertrag vom 1. Januar 1900 ab unter dem neuen Recht.

2. Die Betheiligten können vom 1. Januar 1900 ab den Vertrag unter Beobachtung der nach altem Rechte gegebenen gesetzlichen Kündigungsfristen aufkündigen. Der Artikel 171 gewährt hiernach den Parteien ein neues selbständiges Kündigungsrecht. Sie sind in der Lage, ohne Rücksicht auf die vertraglich festgesetzte Zeit und ohne Rücksicht auf eine vertragliche Kündigungsfrist den Vertrag vorzeitig aufzuheben. Das neue Recht kommt erst dann zur Anwendung, wenn die Betheiligten vom 1. Januar 1900 ab von der ersten gesetzlichen Kündigungsmöglichkeit keinen Gebrauch machen.

Beispiel: A. hat dem B. ein Haus bis zum 1. Mai 1905 vermiethet. Wird der Vertrag nicht sechs Monate vorher gekündigt, so soll er auf ein weiteres Jahr gelten. Das Gesetz gestattet in Ermangelung einer vertraglichen Vereinbarung Kündigung zum Schlusse jedes Miethsjahres mit dreimonatlicher Kündigungsfrist. In diesem Falle muß A. spätestens am 1. Februar 1900 auf den 1. Mai 1900 kündigen, widrigenfalls vom 1. Mai 1900 ab der Vertrag dem neuen Recht untersteht.

3. Das Vertragsverhältniß untersteht so lange dem alten Rechte, bis es sein vertragliches Ende erreicht hat. Haben die Parteien durch Vertrag eine Kündigungsmöglichkeit festgesetzt oder enthält das bisherige Gesetz eine solche durch Vertrag nicht ausgeschlossene Kündigungsmöglichkeit, so untersteht der Vertrag dem neuen Recht, wenn die Parteien nicht von der ersten vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsmöglichkeit Gebrauch machen.

In dem erwähnten Beispiele würde der Vertrag zunächst bis zum 1. Mai 1905 nach altem Rechte weiter bestehen. Kündigt A. nicht spätestens am 1. November 1904 auf den 1. Mai 1905, so würde der Vertrag vom 1. Mai 1905 ab dem neuen Rechte unterstellt sein. Giebt das bisherige Gesetz in bestimmten Fällen einer Partei ein gesetzliches Recht auf vorzeitige Kündigung, z. B. beim Tode der anderen Partei, und ist dieses gesetzliche Kündigungsrecht nicht durch den Vertrag ausgeschlossen, so muß die Partei von dem gesetzlichen Kündigungsrecht Gebrauch machen, widrigenfalls der Vertrag dem neuen Rechte untersteht.

4. Das Vertragsverhältniß besteht bis zu seinem vertraglichen Ende. Das neue Recht findet aber Anwendung 1. wenn das alte

Digitized by Google

Recht Vorschriften enthält, die mit zwingenden Bestimmungen des neuen Rechts in Widerspruch stehen, 2. wenn der Vertrag überhaupt keine Bestimmungen bezüglich bestimmter Punkte enthält und das Gesetz ergänzend eingreifen muß. Die Ergänzung geschieht alsdann nicht durch das alte, sondern durch das neue Recht.

Beispiel: Ein Miether hat in einem vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Vertrage auf die Geltendmachung aller ihm wegen gesundheitswidriger Beschaffenheit der Wohnung zustehenden Rechte verzichtet. Bezüglich der Berechtigung des Miethers zur Untervermiethung enthält der Vertrag keine Bestimmungen. Nun bestimmt § 544 B.G.B., daß ein Miether wegen gesundheitswidriger Beschaffenheit der Wohnung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann, auch wenn er die Beschaffenheit gekannt oder auf seine Rechte in dieser Beziehung verzichtet hat. Der Miether kann also nach dem 1. Januar 1900 auf Grund des § 544, der eine zwingende Vorschrift enthält, den Miethvertrag kündigen. Der § 549 giebt dem Miether das Kündigungsrecht, wenn der Vermiether die Erlaubniß zur Untervermiethung an einen geeigneten Untermiether weigert. Da der Miethvertrag über die Untervermiethung nichts enthält, so findet diese Bestimmung des neuen Rechts Anwendung.

Die erste Ansicht ist im Publikum weit verbreitet; sie hat sogar zu dem wohlmeinenden Rath geführt, in neuen Verträgen das angebliche Recht des Miethers zur Kündigung auf den 1. Januar 1900 vertraglich auszuschließen (vergl. hierüber Fränkel in der Deutschen Juristen-Zeitung 1898 Nr. 5 S. 96). Diese Ansicht hat im Gesetz nicht den mindesten Anhalt und soll auch hier nicht weiter beachtet werden. Die zweite Ansicht wird von Fränkel vertreten (Fränkel a. a. O. und außerdem Mieth- und Pachtrecht nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich, Berlin 1897, S. 105 Anm. 6). Die dritte Ansicht hat zum Vertreter Stadthagen (Deutsche Juristen-Zeitung 1898 Nr. 9 S. 185). Die vierte Ansicht wird vertreten von Fuld, das Miethrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Leipzig 1898, S. 10—12.

Für Fränkel spricht die Absicht des Gesetzgebers, dem neuen Rechte in den genannten Verträgen möglichst schnell Geltung zu verschaffen. Für ihn spricht auch scheinbar der Wortlaut des Art. 171, wonach die nach den „bisherigen Gesetzen" zulässige Kündigung

Digitized by Google

einzutreten hat. Hätte der Gesetzgeber, so könnte man mit Fränkel sagen, auch vertraglichen Festsetzungen Wirkung geben wollen, so hätte er etwa sagen müssen: Die Kündigung soll zum ersten Termin erfolgen, für den sie nach den bisherigen Gesetzen und vertraglichen Bestimmungen zulässig ist.

Trotzdem halte ich die dritte Ansicht für die richtige und möchte sie in Nachstehendem begründen.

Der Artikel 171 will von irgend einem nach dem Inkrafttreten des B.G.B. liegenden Zeitpunkte an das neue Gesetz zur Geltung bringen. Bis zu diesem Zeitpunkte muß dann selbstverständlich der ganze bisherige Rechtszustand maßgebend sein. Es werden also bis dahin nicht nur die bisherigen Gesetze, sondern auch die das Gesetz ausschließenden oder neben ihm geltenden Vertragsbestimmungen in Kraft bleiben. Nach diesem Rechtszustand ist auch die Frage zu beantworten, wann die Kündigung zulässig ist.

1. Es folgt dies zunächst aus dem übrigen Inhalte des Einführungsgesetzes. Daß das Wort Gesetz nicht auf das Gesetz im juristisch-technischen Sinne beschränkt werden darf, sagt § 2 des Einführungsgesetzes ausdrücklich. Gesetz im Sinne des Einführungsgesetzes ist nach § 2 jede Rechtsnorm. Der Ausdruck „bisherige Gesetze" kehrt in vielen Paragraphen des Einführungsgesetzes wieder und soll nur den Gegensatz zwischen dem bisherigen und dem neuen Recht bezeichnen. Es ergiebt sich dies ganz zweifellos aus dem unserem Artikel unmittelbar vorhergehenden Artikel 170. Für ein Schuldverhältniß, das vor dem Inkrafttreten des B.G.B. entstanden ist, bleiben nach Art. 170 die bisherigen Gesetze maßgebend. Hiermit ist gesagt, daß die vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Schuldverhältnisse vom B.G.B. unberührt bleiben. Sonach bleibt das ganze bisherige Gesetzes- und Vertragsrecht aufrecht erhalten. Der Art. 171 enthält eine Ausnahme zu dem allgemeinen Grundsatze des Art. 170. Während nach Artikel 170 die Schuldverhälnisse bis zu ihrem Ende dem bisherigen Rechte unterstehen, sollen die Mieth-, Pacht- und Dienstverhältnisse schon früher dem neuen Rechte unterstellt sein. Der Unterschied besteht aber nur in der zeitlichen Begrenzung des alten Rechtszustandes, eine Beschränkung auch dem Inhalte nach tritt nicht ein. Bis zum Eintreten des neuen Rechts gilt der nämliche frühere Rechtszustand, der nach Artikel 170 das Schuldverhältniß bis zu seinem Ende beherrscht.

Digitized by Google

2. Hätte der Gesetzgeber die vertraglichen Festsetzungen nicht beachten, sondern lediglich das Gesetz entscheiden lassen wollen, so hätte er den Anschluß der vertraglichen Bestimmungen und den hierin liegenden weitgehenden Eingriff in das erworbene Vertragsrecht ganz anders zum Ausdruck bringen müssen. Der Gesetzgeber hätte dann den Ausdruck gewählt, den er überall da gebraucht, wo unter Ausschluß der vertraglichen Bestimmungen die gesetzliche Kündigungsfrist zur Anwendung kommen soll. Solche Fälle enthalten z. B. die §§ 549 (Kündigung des Miethers, wenn der Vermiether die Annahme eines geeigneten Untermiethers weigert), 569 (Kündigung des Erben beim Tode des Vermiethers und Miethers), 1056 (Kündigung des Eigenthümers, wenn nach Beendigung des Nießbrauches die Sache mit einem Mieth- oder Pachtrecht belastet an ihn zurückfällt). In solchen Fällen gebraucht das Gesetz den Ausdruck Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Frist. Diese Terminologie findet sich auch in den Nebengesetzen zum B.G.B. So giebt § 57 des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 dem Ersteher das Recht, ein bestehendes Mieth- oder Pachtverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Wie weit der Gesetzgeber in der konsequenten Durchführung seiner Ausdrucksweise geht, beweist die neue Fassung der Konkursordnung. Ist der Gemeinschuldner Miether oder Pächter, so kann sowohl der Verwalter wie der andere Theil kündigen. Von dieser Kündigung sagt § 19 der neuen Fassung unter Abänderung der alten Fassung (§ 17): Die Kündigungsfrist ist, falls nicht eine kürzere Frist bedungen war, die gesetzliche. Es wäre dem Gesetzgeber ein leichtes gewesen, den nämlichen oder einen ähnlichen Ausdruck zu gebrauchen, wenn er die bisherigen gesetzlichen Kündigungsfristen hätte für maßgebend erklären wollen und es hieße dem Gesetzgeber eine große Nachlässigkeit zumuthen, wenn er die überall konsequent durchgeführte Terminologie im Art. 171 nicht zur Anwendung gebracht hätte.

3. Die hier vertretene Ansicht steht auch mit dem Wortlaute des Art. 171 nicht im Widerspruch. Nach den bisherigen Gesetzen sind in ganz Deutschland die gesetzlichen Bestimmungen über Mieth-, Pacht und Dienstverträge dispositiver Natur und kommen nicht zur Anwendung, wenn der Vertrag sie ausgeschlossen hat. Hat A. dem B. bis zum 1. Mai 1905 verpachtet, so ist nach den bisherigen Gesetzen die Kündigung vor dem 1. Mai 1905 ausgeschlossen.

Digitized by Google

4. Endlich spricht noch eine Konsequenz, zu welcher die zweite Ansicht führt, zu Gunsten der dritten Ansicht. Ist die zweite Ansicht richtig, so hat jede Partei ohne Rücksicht auf die vertraglichen Abmachungen ein neues Kündigungsrecht innerhalb der gesetzlichen Fristen des bisherigen Rechts. Dieses Kündigungsrecht könnte zur vorzeitigen Auflösung eines lästigen Vertrages mißbraucht werden. A. hat z. B. ein Landgut auf lange Jahre zu einem dem Pächter sehr günstigen Pachtzins verpachtet. A. will das Gut in eigene Bewirthschaftung nehmen und kündigt deshalb den Vertrag zum ersten nach dem 1. Januar 1900 zulässigen gesetzlichen Kündigungstermin, um sich von seinen Verpflichtungen gegen den Pächter zu befreien. Das Fortbestehen des alten oder der Beginn des neuen Rechts ist ihm hierbei ganz gleichgültig. Eine derartige Wirkung kann aber der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

Die vorstehenden Ausführungen widerlegen zugleich die vierte von Fuld vertretene Ansicht. Nach Artikel 171 soll von dem betreffenden Termine ab das B.G.B. als Ganzes zur Anwendung kommen. Zu der Annahme, daß das neue Gesetz mit dieser Bestimmung zur Anwendung kommen, mit jener ausgeschlossen sein soll, bietet der Artikel 171 keinen Anlaß. Wie § 30 E.G. die Anwendung des ausländischen Gesetzes ausschließt, wenn es gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößt, so hätte das Gesetz es in gleicher Weise zum Ausdruck gebracht, wenn das alte Gesetz den zwingenden Vorschriften des neuen Rechts sofort zu weichen hätte. Wo das neue Gesetz auf bestehende Rechtsverhältnisse nur zum Theil Anwendung finden soll, ist dieses stets z. B. in den Artikeln 163, 177 E.G. genau angegeben.

Für die Mieth-, Pacht- und Dienstverträge gestaltet sich demnach vom 1. Januar 1900 ab die Rechtslage wie folgt:

a) Es ist zunächst festzustellen, ob und wann das Vertragsverhältniß nach der Vereinbarung der Parteien gekündigt werden kann. Ist keine Kündigung möglich, so untersteht der Vertrag bis zu seinem Ende dem bisherigen Recht. Ist eine Kündigung möglich, so ist die erste Kündigungsmöglichkeit zu benutzen und dadurch das Ende des Vertrages herbeizuführen. Unterbleibt die Kündigung, so untersteht der Pachtvertrag von dem Zeitpunkt an, zu welchem gekündigt werden konnte, dem neuen Recht.

Digitized by Google

b) Haben die Parteien keine oder keine ausreichenden Beſtimmungen getroffen, ſo treten die bisherigen Geſetze ergänzend ein. Die Kündigung muß dann zu dem erſten geſetzlich möglichen Termin erfolgen, widrigenfalls der Vertrag von dieſem Tage ab dem neuen Recht unterſtellt iſt. Beſtimmt z. B. das Geſetz, daß der Miethvertrag gekündigt werden kann, wenn die Parteien ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllen, wenn zwei Zinstermine ausbleiben, wenn eine Partei ſtirbt oder verſetzt wird, wenn das Miethobjekt freiwillig oder zwangsweiſe veräußert wird, ſo iſt von dieſer Kündigungsmöglichkeit Gebrauch zu machen, es ſei denn, daß die Parteien durch ihren Vertrag die geſetzliche Kündigung, ſoweit dies zuläſſig iſt, beſeitigt haben.

Dieſe Regelung der Uebergangszeit wird erſt verſtändlich, wenn man auf ihren Grund näher eingeht. Das Geſetz nimmt an, daß die Parteien, welche von einer Kündigungsmöglichkeit keinen Gebrauch machen, einen neuen Vertrag und dieſen ſelbſtverſtändlich nach neuem Recht abſchließen. Dieſe Fiktion bringt das Geſetz wiederholt zur Anwendung. Wenn z. B. bei Mieth- und Pachtverträgen in Folge irgend eines Umſtandes die Vertragsparteien wechſeln, z. B. beim Tode einer Partei, bei einer freiwilligen oder zwangsweiſen Veräußerung, ſo gewährt das Geſetz ein Kündigungsrecht (§§ 569, 570 B.G.B., § 57 R.G. vom 24. März 1897). Wird von der Kündigung kein Gebrauch gemacht, ſo beſteht das Vertragsverhältniß unter den neuen Parteien weiter. Es wird dann ſo angeſehen, als ob die jetzt betheiligten Parteien einen neuen Vertrag geſchloſſen hätten. Der Unterſchied beſteht darin, daß man hier die neue Vertragspartei, dort das neue Recht ſtillſchweigend anerkennt.

Digitized by Google

6.

Erläuterungen zu den Besitzklagen des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus dem Preußischen Recht und der Preußischen Rechtsprechung.

Von Dr. **Eugen Josef**, Notar a. D. in Freiburg im Breisgau.

Die Lehre von den Besitzklagen ist in der Rechtsprechung des früheren Preuß. Ober-Tribunals überaus reichhaltig ausgestaltet.[1]) Einzelne der von demselben festgestellten Rechtsgrundsätze sind für das Recht des B.G.B. unanwendbar, weil letzteres in grundlegenden Bestimmungen vom Preuß. Recht abweicht (vergl. unten I E bezügl. des Rechtsbesitzes); andere jener Rechtsgrundsätze sind in einzelnen Bestimmungen des B.G.B. wiederzufinden (vergl. unten III D u. E bezügl. der §§ 865, 866). Jene reichhaltige Rechtsprechung ist für die Anwendung des neuen Rechts um so wichtiger, als das B.G.B. für die vom A.L.R. in der ihm eigenen Ausführlichkeit behandelte Lehre vom Besitz sich auf sehr wenige Bestimmungen beschränkt, aus welchen, zumal die Vorarbeiten zum B.G.B. über die in Betracht kommenden Fragen sehr wenig enthalten, Rechtsübung und Wissenschaft einen großen Theil jener ausdrücklichen Festsetzungen des A.L.R. zu finden haben. Die nachfolgende Untersuchung richtet sich insbesondere auch auf eine Hervorhebung der zwischen beiden Rechten bezügl. einzelner Fragen in dieser Lehre bestehenden Gegensätze.

[1]) Vergl. die Zusammenstellung der Rechtsgrundsätze im J.M.Bl. von 1854 S. 101 ff., im Folgenden als „Gr." angezogen. — Nach altpreuß. Prozeßrecht fand in „Possessorienprozessen" gegen die erstinstanzlichen Urtheile der Kollegialgerichte nicht die Appellation, sondern ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwerths die Nichtigkeitsbeschwerde an das O.Tr. statt. — Revisionsurtheile des R.G. in Besitzschutzsachen sind auffallend wenige veröffentlicht.

Digitized by Google

I.

Zur Begründung der Besitzklage gehört zunächst, daß Kläger sich im Besitz befunden habe. Das A.L.R. fügt in dem ihm eigenen Streben nach Deutlichkeit hinzu, daß der Besitzer sich „unmittelbar vor der erfolgten Entsetzung oder Störung im ruhigen" B. befunden haben müsse (I, 7 § 154). Das B.G.B. sieht von einer ausdrücklichen Hervorhebung dieser Voraussetzungen des Besitzschutzes ab: denn von demjenigen, dessen Besitz schon vor der zur Besitzklage Anlaß gebenden Handlung zwischen Parteien streitig war, kann man nicht sagen, daß er die „thatsächliche Gewalt" im Sinne des § 854 hatte (vergl. Striethorst 43 S. 65; 64 S. 1); und selbstverständlich muß er, wenn er die Verletzung seines Besitzes behauptet, beweisen, daß derselbe gerade zur Zeit der Verletzung bestanden hat. Vergl. Begründung zum Vorentwurf von Johow 1880, 1 S. 452, 453. Die Mot. 3 S. 100 lehnen den Satz olim possessor hodie possessor — also die Vermuthung, daß ein irgend wann früher bestandener Besitz auch unmittelbar vor der gerügten Verletzung bestanden habe — als unhaltbar ab; wie nach A.L.R. (O.Tr. 17 S. 3) ist es auch nach dem B.G.B. Sache der thatsächlichen Prüfung des Einzelfalles, ob zur Begründung der Besitzklage die Vermuthung der Fortdauer des einmal erlangten Besitzes bis zum Beweise der Aufhebung genügt oder der direkte Beweis des Besitzes unmittelbar vor der Störung erforderlich ist. Das B.G.B. enthält also hier nichts vom A.L.R. abweichendes. Im Einzelnen ist für die Anwendung des B.G.B. Folgendes hervorzuheben:

A. Wie für das A.L.R. (Gr. 15 b, 10, 11) gilt also auch für das B.G.B., daß der Kläger die Besitzklage nicht auf seine Eintragung in das Grundbuch stützen kann (vergl. § 446 Abs. 2), denn die thatsächliche Gewalt, nicht das Recht ist Voraussetzung des Besitzschutzes: daß letzterer dagegen auch dem Käufer eines Grundstücks und einer Erbschaft zusteht, dem dieselben auf Grund eines nach §§ 313, 2371 formungültigen Vertrages übergeben sind, und zwar sowohl gegen den Verkäufer wie gegen Dritte, weil durch die Ungültigkeit des die Uebertragung des Rechts bezweckenden Geschäfts das Bestehen der „thatsächlichen Gewalt" (§ 854) nicht berührt wird. — Durch den Zuschlag erwirbt der Ersteher zwar Eigenthum, aber nur ein durch Zwang zu verwirklichendes Recht auf den Besitz (R.Zw.V.Ges. §§ 90, 93, 94): er kann daher vor der Inbesitznahme des Grundstücks die Besitzklage

Digitized by Google

nicht erheben. Mit welchem Zeitpunkt der Unternehmer im Enteignungsverfahren Besitz erwirbt, bestimmt sich auch unter dem B.G.B. nach Landesgesetz, E.G. Art. 109; vergl. Preuß. Gesetz vom 11. Juni 1874 §§ 32 Abs. 2, 44, 5.

B. Wie nach A.L.R. (R.G. 34 S. 425) ist ferner auch nach dem B.G.B. unerheblich, daß Kläger den Besitz „fehlerhaft" (§ 858 Abs. 2), insbesondere durch unerlaubte Handlung erworben hat; zwar kann derjenige, gegen welche letztere gerichtet war, die Folgen derselben innerhalb eines Jahres wieder beseitigen; der Bestohlene kann also dem Dieb binnen eines Jahres die Sache eigenmächtig wieder abnehmen, ohne der Besitzklage des Diebes ausgesetzt zu sein; jedem Dritten gegenüber und nach Ablauf des Jahres auch dem Bestohlenen gegenüber genießt auch der Dieb Besitzschutz. Das B.G.B. beschränkt also die exc. vitiosae poss. auf vit. ab adversario: §§ 861 und 862 Abs. 2; Mot. S. 122. Ueber den Fall, daß der Besitz fehlerhaft gegenüber dem Rechtsvorgänger des Entsetzenden erworben war, vergl. unten III B.

C. Wesentliche Bestandtheile einer Sache können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, § 93; unter den „besonderen Rechten" sind aber nur Rechte an Sachen, also dingliche Rechte zu verstehen, nicht obligatorische Ansprüche. So wie also ein Theil eines Gebäudes vermiethet werden kann, ist auch ein besonderer Besitz am Theil des Gebäudes möglich, § 865; Mot. S. 84 u. 114. Bei Verkäufen von Wäldern zum Abholzen werden zumeist dem Käufer die Bäume in der Weise übergeben, daß die Vertragschließenden das Waldstück umgehen und die an den Grenzpunkten stehenden oder auch sämmtliche Bäume mit dem Forsthammer anschlagen oder sonst in Besitz-Erledigungs- und Uebertragungs-Absicht bezeichnen, auch wohl sofort zum Zweck der später vorzunehmenden Abholzung im Walde Baulichkeiten aufführen. Diese sog. „symbolische Uebergabe" des A.L.R. (§ 61 ff.) überträgt wie nach A.L.R. (Gr. 15 c) auch nach dem B.G.B. dem Käufer die thatsächliche Gewalt, also den Besitz, § 854 u. Mot. S. 90; er hat daher schon mit jenen oben bezeichneten Handlungen, auch nach B.G.B. (§ 865) die Besitzklage gegen den Verkäufer wie gegen Dritte, wenn er am Abholzen verhindert wird. Dagegen erwirbt (im Gegensatz zum A.L.R., O.Tr. 11 S. 201) der Käufer das Eigenthum an den Bäumen nach § 956 B.G.B. auch in den vorausgesetzten Fällen

Digitized by Google

erst mit der Trennung. — Voraussetzung dieses Besitzes an „wesentlichen Bestandtheilen" ist aber stets, daß die räumliche Herrschaft an dem abgegrenzten Theile der Sache selbständig neben der räumlichen Herrschaft anderer Personen über andere Theile ausgeübt werden kann; kann die räumliche Herrschaft auf Sachtheile nicht beschränkt werden, weil sie nur am Ganzen denkbar ist und jede Verfügung über den Theil auf das Ganze wirken würde, so ist für die Anwendung des § 865 kein Raum; Mot. S. 114. Auch für das B. G.B. gilt daher der Grundsatz, daß an Maschinen und Maschinentheilen, welche mit einem Fabrikgrundstück in feste und dauernde Verbindung gebracht sind, ein abgesonderter Besitz nicht bestehen, insbesondere nicht durch Willens-Erklärung (§ 854 Abs. 2) übertragen werden kann, R.G. 35 S. 254.

D. Für das eheliche Güterrecht ist zu unterscheiden:

1. Dem Ehemann steht die Besitzklage bezügl. der zum eingebrachten Gut (§ 1363) gehörigen Gegenstände nicht schon auf Grund des Bestehens der Ehe, sondern erst dann zu, wenn er die Sachen in seine Verwaltung genommen, das thatsächliche Verhältniß, das sich als Besitz darstellt, hergestellt hat,[2]) § 1373 und R.T.R. Ber. S. 137; vergl. unten V a. Anf. Bis zu diesem Zeitpunkt steht auch nach der Eheschließung der Besitz lediglich der Frau, dem Mann aber gegen letztere und gegen Dritte nur ein petitorischer Anspruch[3]) (vergl. unten V a. A.) auf Uebergabe des Frauen Vermögens zu. Ist letztere aber erfolgt, so ist der Mann alleiniger Besitzer und die Frau nicht Mitbesitzer (Ber. S. 134), sondern nur mittelbarer Besitzer, § 868; wird also dem Mann der Besitz entzogen, so steht der Frau die Besitzklage nur gemäß § 869 Satz 2 zu (vergl. unten III E). Entfernt die Frau eigenmächtig das eingebrachte Gut aus der gemeinschaftlichen Wohnung, so steht dem Manne wie nach A. L.R. (Striethorst 91 S. 3) so auch nach dem B. G.B. die Besitzklage auf Zurückschaffung (§ 861) gegen die Frau zu, wie sie jedem anderen Nießbraucher gegen den Eigenthümer zusteht.

[2]) Im Verhältniß der Eheleute unter einander, d. h. bei der Auseinandersetzung nach Auflösung der Ehe streitet nach A. L.R. II, 1 § 205 (O.Tr. 30 S. 106) die Vermuthung dafür, daß der Mann das gesammte Vermögen der Frau in seine Verwaltung bekommen habe. Nach dem B. G.B. kann bei der Vorschrift des § 1373 diese Vermuthung nicht schlechthin, sondern nur je nach Lage des Falles thatsächlich gerechtfertigt sein.

[3]) §§ 1036, 1065; Mot. S. 532.

Digitized by Google

2. Im Fall der Gütertrennung (§ 1426), sowie an denjenigen Gegenständen, welche (beim gesetzlichen Güterrecht wie bei der Gütergemeinschaft, §§ 1365, 1440) zum Vorbehaltsgut gehören, begründet die Ehe keinerlei Vermögensrechte für den Mann, Mot. 4 S. 180, 321; er hat insbesondere also auch keinen Anspruch, daß die Frau Vermögen jener Art in die eheliche Wohnung einbringe, dem Manne demnach Mitbesitz an demselben einräume. Erfahrungsmäßig wird dies indeß regelmäßig der Fall sein: der Mann erlangt dann aber gegen die Frau keinen Rechtsanspruch auf Fortsetzung dieses thatsächlichen Verhältnisses. Nach A. L.R. (§§ 144, 145; Striethorst 59 S. 323) ist die Frau sogar berechtigt, den Mann, da er bloßer „Inhaber" ist, der „thatsächlichen Gewalt" zu entsetzen, und er hat, wenn die Frau das Vorbehaltsgut eigenmächtig aus der Wohnung entfernt, nicht gegen dieselbe die Besitzklage. Nach dem B. G.B. hat dagegen Jeder, dem die thatsächliche Gewalt eingeräumt ist, mag er auch an der Fortsetzung derselben ein eigenes rechtliches Interesse nicht haben,[4]) die Besitzklage, Mot. Bd. 3 S. 110 (vergl. unten III C). Auch dem Manne steht daher im gedachten Falle gegen die Frau sowie gegen Dritte die Besitzklage zu; denn er hat im Falle der Gütertrennung und des Vorbehaltsguts neben der Frau den Mitbesitz, § 866 (vergl. unten III D). Dies muß auch dann gelten, wenn die gemeinschaftliche Wohnung in dem der Frau gehörigen Hause sich befindet oder von der Frau gemiethet ist; auch im Falle der Gütertrennung wird nach dem B. G.B. dem Manne gegen die ihn von der Mitbenutzung der Wohnung ausschließende Frau die Besitzklage zustehen: §§ 1353, 1354. (vergl. Striethorst 91 S. 3). — Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß, wenn die Frau nicht in der ehelichen Wohnung, sondern in besonderen Räumen ein selbständiges Erwerbsgeschäft betreibt, § 1367, dem Manne gegen die Frau oder Dritte die Besitzklage nicht zusteht; denn in diesem Falle liegt ein ausschließlicher Alleinbesitz der Frau vor.

3. Bei der Gütergemeinschaft werden zwar die der Frau gehörigen Gegenstände Gesammtgut, also gemeinschaftlich, ohne daß es einer Uebertragung des Besitzes bedarf, § 1438; den Besitz an denselben erlangt aber der Mann erst durch Erlangung der thatsächlichen Gewalt: er ist, wie beim eingebrachten Gut (oben 1), nur berechtigt,

[4]) Ausnahme im § 855; vergl. unten III a. A.

Digitized by Google

dieselben in Besitz zu nehmen, § 1443 u. R.T.R. S. 139. Erst mit letzterem Zeitpunkt stehen also dem Manne die Besitzklagen zu, die petitorischen Klagen dagegen schon mit Eingehung der Ehe. Mit dieser verliert die Frau den Besitz; letzterer und die Besitzklagen stehen allein dem Manne zu, § 1443[5]; bei Behinderung des Mannes und Gefahr im Verzug kann auch die Frau die Besitzklage erheben, § 1450.

E. Zwischen dem A.L.R. und B.G.B. besteht in folgender Richtung ein sehr erheblicher Unterschied. Während das A.L.R. in weitem Umfang einen Besitz auch an Rechten anerkennt, kennt das B.G.B. einen Besitz grundsätzlich nur an körperlichen Gegenständen: §§ 854, 90.[6]) Nach dem B.G.B. giebt es also für den Gläubiger keine Besitzklage auf Fortsetzung der Leistung, wenn der Eigenthümer des reallastpflichtigen Grundstücks die fernere Leistung einstellt, §§ 1105. 1107; ebensowenig ist nach dem B.G.B. die Besitzklage zulässig: wegen Störung im Gewerbebetrieb, also wenn Jemand bekannt macht, daß ich ein von mir allein betriebenes Erwerbsgeschäft zu Unrecht betreibe; oder wenn ein Gesellschafter dem anderen die Ausübung des Rechts auf Einsicht der Bücher (§ 716; H.G.B. § 118) unmöglich macht; oder wenn der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter dieselbe nichtsdestoweniger ausübt; oder wenn Jemandem, der bisher Freiheit von Brückenzoll genossen, plötzlich ein solcher unter Pfändung[7]) abverlangt wird. In allen diesen Fällen findet nach dem B.G.B. nur die petitorische Klage statt, während das A.L.R. (s. Rehbein, Entsch. d. O.Tr. 2. Aufl. S. 675—680) in derartigen Fällen zur Aufrechthaltung des bestehenden Rechtszustandes dem durch die eigenmächtige Veränderung desselben Verletzten die Besitzklage giebt. Andererseits wird in zahlreichen Fällen, wo das O.Tr. nach A.L.R. einen geschützten Rechtsbesitz angenommen hat, auch nach dem B.G.B. Besitzschutz zu gewähren sein, weil Sachbesitz vorliegt. Z. B.:

[5]) Die Ansicht Dernburg's Pr.R. III § 36 Abs. 1, daß der Besitz sich in Mitbesitz verwandle, ist wohl auch für A.L.R. nicht richtig.

[6]) Nur für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist ein Schutz der „Ausübung" festgesetzt, §§ 1029, 1090 Abs. 2. Der Nießbraucher hat als Sachbesitzer den Besitzschutz, §§ 1036, 1032, 1065.

[7]) Die Pfändung als solche ist nicht „verbotene Eigenmacht" (§ 858, weil das Gesetz, A.L.R. II, 15 §§ 130 f., dieselbe gestattet. Letztere Vorschriften gehören dem öffentlichen Rechte an, sind also durch das B.G.B. nicht berührt.

Digitized by Google

1. Der Miether bringt Schilder oder Schaukasten an der Außenwand oder an der Flurwand des Miethhauses an; hierdurch erlangt er (unabhängig von dem ihm an der Miethwohnung zustehenden Besitz) den Besitz an dem durch die Schilder und Kasten eingenommenen Theil der Wände; in diesem Sachbesitz ist er nach § 865 zu schützen, wenn z. B. ein anderer Miether die Schilder entfernt oder durch Topfgewächse und andere Vorrichtungen verdeckt und unlesbar macht; hier bedarf es also nicht des vom O.Tr. (44 S. 23) angenommenen Rechtsbesitzes. Gleichgültig ist für diese eben gedachten Fälle, ob der Kläger ein Recht auf das Halten der Schilder (Kasten) hatte, d. h. ob er dieselben mit Genehmigung des Vermiethers angebracht hatte; denn wie oben zu B hervorgehoben, beschränkt auch das B.G.B. die Einrede des fehlerhaften Besitzes auf vit. poss. ab adversario; Dritte können hieraus keinen Einwand herleiten. — Macht dagegen der Vermiether sich der gedachten Verletzung schuldig, so ist zu unterscheiden: entweder hatte der Miether die Schilder u. s. w. ohne Genehmigung des Vermiethers angebracht; hierdurch hat er sich seinerseits einer „verbotenen Eigenmacht" (§ 858) gegen den Vermiether schuldig gemacht, die dieser in einem Jahre wieder beseitigen kann, Abs. 2 der §§ 861, 862; (vergl. Striethorst 83 S. 235).*) Oder der Vermiether hat die Genehmigung ertheilt und entfernt nunmehr die Schilder; hier ist es nach dem B.G.B. unerheblich, ob die Genehmigung in Verpflichtungsabsicht, also etwa für die Dauer der ganzen Miethzeit ertheilt ist, oder nur auf freien Widerruf. Während nämlich das A.L.R. dem Miether im letzteren Fall den Besitzschutz gegen den Vermiether versagt (§§ 144, 147; O.Tr. 44 S. 41), gewährt das B.G.B. denselben auch dem Prekaristen; letzterer hat gleichfalls die „thatsächliche Gewalt" (§ 854) über den benutzten Wandtheil erlangt und der precario concedens mag die in der Verweigerung der Rückgabe (d. h. der Entfernung) liegende Rechtswidrigkeit des Prekaristen mit der Vertragsklage erfolgen, Mot. S. 118 (vergl. unten II a. A. und C).

2. Der Jagdpächter wird in der Jagd-Ausübung vom Verpächter oder Dritten gestört durch Aufstellen von Scheuchen, Klappern oder auch dadurch, daß ein Dritter auf dem Pachtland jagt oder Raubzeug erlegt; das O.Tr. (Striethorst 99 S. 273) hat für diesen letzteren

*) Die Gründe des O.Tr. treffen für das B.G.B. nicht überall zu.

Digitized by Google

Fall einen durch die Besitzklage abzuwehrenden Eingriff in das Besitzrecht desjenigen angenommen, der sich im an und für sich schutzberechtigten Besitz des Jagdrechtes befindet. — Nach § 99 gehören die jagdbaren Thiere zur Ausbeute, welche aus dem Grundstück seiner Bestimmung gemäß gewonnen wird; die entgeltliche*) Ueberlassung dieser „Früchte" ist Pacht (§ 581), wie auch die Ausdrucksweise in § 835 Abs. 2 a. E. ergiebt. Der Jagdpächter hat am Pachtlande den Besitz (§ 865); daß diese „thatsächliche Gewalt" sich nur auf die Erlegung von Wild erstreckt und der Verpächter das Pachtland in jeder anderen Beziehung besitzt, ist nichts Besonderes; das gleiche Verhältniß liegt auch vor, wenn jemand einen Obstgarten pachtet, während der Verpächter das Gras oder Getreide in demselben für sich behält. Der Jagdpächter ist also im Sachbesitz und genießt auch nach dem B. G.B. Besitzschutz (§ 865), und zwar selbstverständlich auch dann, wenn der Pachtvertrag, weil etwa ohne die behördliche Genehmigung geschlossen, ungültig ist; oben I A § 863. Vergl. Striethorst 93 S. 349 u. unten V.

3. Der Patron hat in der Kirche sein Wappen und Bildniß angebracht, A. L.R. II, 11 § 592; an dem so eingenommenen Theil der Kirche (Wand) hat er Besitz und die Besitzklage, wenn z. B. der Pfarrer dasselbe entfernt (§ 865). Es bedarf also auch hier nicht des vom O.Tr. (Striethorst 93 S. 245) angenommenen Rechtsbesitzes. Dagegen findet, wenn der Bischof dem Pfarrer die Zusendung der Kirchenrechnungen an den Patron verbietet (A. L.R. ebd. § 585), also störend in die Ausübung des Patronats eingreift (Striethorst 24 S. 125), nach dem B. G.B., wie oben vorgetragen, die Besitzklage nicht statt.

Hinsichtlich der Frage über die Möglichkeit eines Besitzes (z. B. am offenen Meere, O.Tr. 53 S. 12), sowie des Umfanges desselben (z. B. Besitz am ganzen Grundstück, wenn einzelne Theile bepflanzt sind, Gr. 16 d), ferner hinsichtlich der Frage nach den Voraussetzungen, unter welchen Kläger, wie eingangs erörtert, sich im „ruhigen und jüngsten" Besitz befunden hat, insbesondere über den Einfluß von **Pfändungen** auf den „ruhigen" Besitz, hat die Rechtsprechung des

*) Die unentgeltliche Ueberlassung der Jagd folgt denselben Regeln, wie die Jagdpacht, mag man sie nun als Schenkung ansehen oder in ihr einen besonderen vom B. G.B. nicht geregelten Vertrag (Mot. 2 S. 2) erblicken.

Digitized by Google

O.Tr. (Rehbein S. 731, 732, 724) auch für das B.G.B. un beschränkte Geltung; nur Folgendes ist noch zu bemerken:

a) Ein geschützter Besitz ist zwar nach dem B.G.B. auch vorhanden, wenn ein auf die Absicht der Erlangung der thatsächlichen Gewalt gerichteter Wille des Erwerbers fehlt (Prot. S. 3337, Denkschrift z. R.T.V. S. 161). Uebergebe ich also einem Kinde unter 7 Jahren (§ 104) schenkungsweise eine Sache und Jemand nimmt dieselbe eigenmächtig dem Kinde weg, so hat der gesetzliche Vertreter des Kindes die Besitzklage (vergl. R.T.M. Ber. S. 24). Dagegen bedarf es auch nach dem B.G.B. des Nachweises eines besonderen animi rem sibi habendi, wo die von Jemand ausgeübte thatsächliche Gewalt keine andere ist als diejenige, welche jeder andere gleichfalls hatte, so bei Benutzung von Gemeindeplätzen, öffentlichen Wegen, Kirchenstellen u. s. w. Für diese Fragen kommt also die Rechtsprechung des O.Tr. (Rehbein S. 690, 691 u. 134: Besitz durch das „Publikum") auch unter dem B.G.B. zur Anwendung.

b) Ob Besitz an der Sache oder nur ein rein persönliches Forderungsrecht gewisser Art in Beziehung auf die Sache vorliegt, kann zuweilen zweifelhaft sein. Bei bäuerlichen Gutsüberlassungen ist es z. B. üblich, daß dem Veräußerer (Altsitzer) und den erwerbsunfähigen Geschwistern des Uebernehmers für deren Lebenszeit die Nutzung bestimmter Flächen in der Weise zugesichert wird, daß der Uebernehmer sowohl die Aussaat als auch die Ernte besorgt, jene Berechtigten also nicht Früchte ziehen (§ 1030), sondern vom Eigenthümer empfangen. Dieselben haben demnach nicht Nießbrauch und Besitz an der fr. Fläche, sondern nur ein persönliches Forderungsrecht gegen den Eigenthümer auf Aussantwortung der Früchte der Fläche (§ 1105 u. Beitr. Bd. 40 S. 310); überläßt also letzterer die Früchte an Dritte zur Aberntung, so haben jene Versorgungsberechtigten nach dem B.G.B. (anders vielleicht nach A.L.R. Gr. 14) nicht die Besitzklage.

II.

Zur Begründung der Besitzklage hat Kläger ferner die Störung oder Entsetzung des Besitzes darzulegen: während aber das A.L.R. (§§ 146, 147, 150) eine „durch Gewalt, heimlich, durch List oder bittweise" erfolgte Verletzung erfordert, faßt das B.G.B. die drei ersteren Arten der Verletzung unter dem im § 858 erläuterten Begriff

Digitized by Google

der „verbotenen Eigenmacht“ zusammen (Mot. S. 118). Als letztere stellt sich in der That die „heimlich oder durch List“ erfolgte Besitzentziehung dar; z. B. der Gläubiger legt den Wechsel dem Schuldner zur Zahlung vor; letzterer zählt das Geld auf den Tisch hin, erhält den Wechsel, streicht aber sofort das Geld wieder ein[10]) (vergl. O.Tr. 35 S. 17, Reybein S. 724). Dagegen hat, wie bereits oben zu I E. 1 a. E. erwähnt, der frühere Besitzer gegen denjenigen, welchem er den Besitz bittweise, d. h. auf freien Widerruf eingeräumt hat, nach dem B.G.B. überhaupt nicht die Besitzklage; letzterer macht sich durch Verweigerung der Rückgabe nicht, wie nach A.L.R., einer „verbotenen Eigenmacht“ schuldig, sondern der Verletzung einer Vertragspflicht, welche der precario concedens mit der Klage aus dem Vertrage rügt (Mot. S. 118), z. B. im Grundbuch des dem A. gehörigen Grundstücks ist eine Wegegerechtigkeit für das Grundstück des B. eingetragen; letzterer ist verstorben und sein Grundstück von C., als dem vermeintlichen Erben, der indeß sein Erbrecht nicht nachweisen kann, in Besitz genommen; diesem C. gestattet A. bittweise die Ausübung der Dienstbarkeit. Da C., trotzdem A. seine Erlaubniß zurückgezogen, den Weg weiter befährt, pflügt A. denselben um. Hier würde nach § 1029 C. gegen A. mit der Besitzklage durchdringen, nicht aber nach A.L.R. (vergl. Striethorst 95 S. 196).

Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken:

A. Inwiefern die Besitzklage einen „animus turbandi“ des Besitzklägers voraussetze, ist weder vom A.L.R. noch vom B.G.B. ausdrücklich entschieden. Die Mot. S. 110 führen hierüber aus: „Die Voraussetzung ist gegeben, wenn gegen den Besitzer eine Handlung vorgenommen ist, welche nicht vorgenommen werden durfte. Es wird mithin nicht verlangt, daß das in § 858 enthaltene Verbot in schuldhafter Weise übertreten ist, sondern nur, daß so gehandelt ist, wie bei Unterstellung der vollen Zurechnung der Handlung und der Abwesenheit eines jeden entschuldbaren Irrthums nicht hätte gehandelt werden sollen.“ Diese doktrinäre Ausführung ist wenig durchsichtig;

[10]) Hiervon ist zu unterscheiden der Fall, wo Jemand durch falsche Vorspiegelungen zur Uebertragung des Besitzes veranlaßt ist, z. B. der Gläubiger sendet dem Schuldner den Wechsel zu, weil letzterer arglistig Zahlung in Aussicht gestellt hat. Hier hat der Gläubiger den Besitz des Wechsels mit seinem Willen verloren, nicht durch verbotenen Eigennutz. Johow a. a. O. S. 454.

Digitized by Google

klar ist, daß zum Begriff der „verbotenen Eigenmacht" nicht gehört, daß der Besitz vorsätzlich oder fahrlässig verletzt ist, und daß erstere durch irrthümliche Beweggründe des Thäters nicht ausgeschlossen wird (vergl. Denkschr. S. 162). Man wird als der Natur der Sache entsprechend jene Voraussetzung auch für das B.G.B. dahin festsetzen: der Besitzkläger hat, wenn eine äußerlich sich als Besitzverletzung darstellende Handlung vorliegt, seinerseits einzuwenden, dieselbe sei unter solchen Umständen und derart vorgenommen, daß ihm die Absicht einer Entsetzung oder Störung gefehlt habe (vergl. Rehbein S. 738 und R.G. in Beitr. 32 S. 889). Die Besitzklage des Miethers ist also auch nach dem B.G.B. abzuweisen, wenn der Vermiether die Kloset Anlage der Wohnung fortgenommen hat, weil sie gesundheitsgefährlich ist und durch eine neue ersetzt werden soll, mag er hierbei auch über das objektiv nothwendige hinausgegangen sein (Striethorst 87 S. 323), und selbstverständlich liegt auch nach dem B.G.B. verbotene Eigenmacht nicht vor, wenn die Handlung vom Kläger genehmigt ist oder doch dem muthmaßlichen Willen desselben entspricht, z. B. bei Feuersgefahr nimmt mein Nachbar meine Habe in meiner Abwesenheit auf sein Grundstück (§ 683; Mot. S. 104).

B. Für die Fragen, ob im Einzelfall eine Besitzverletzung vorliegt, insbesondere bei wörtlichen und thätlichen Drohungen mit einer solchen (die Motive S. 126 überlassen diese Frage der Rechtsübung und Wissenschaft), bei Gefährdung des Aufenthaltes und der Bewirthschaftung, bei Unterlassungen und Verweigerung der Herausgabe der Schlüssel, bei Anlagen auf des Beklagten Grundstück, durch welche mit Sicherheit später, aber zur Zeit noch nicht, in des Klägers Besitz eingegriffen wird, bei Entziehung von Luft und Licht durch Bauten vor der Miethswohnung, also ohne körperlichen Eingriff in letztere, hat auch für das B.G.B. die Rspr. des O.Tr. (Rehbein S. 737, 734) unveränderte Bedeutung. Desgleichen wird die Frage, inwiefern die Pfändung und die Wegnahme (§ 769 C.P.O.) einer Sache durch den Gerichtsvollzieher sich als eine vom Gläubiger verübte Besitz-Verletzung darstellt, ob demnach dem Dritten, in dessen Gewahrsam die Pfändung ohne seine Einwilligung, also ungesetzlich (§ 713 eb.) stattgefunden hat, gegen den Gerichtsvollzieher oder den Gläubiger[11]) die Besitzklage auf Beseitigung der Pfändung zusteht,

[11]) Ueber die Passiv-Legitimation vergl. unten IV.

Digitized by Google

auch unter dem B.G.B. im Sinne der jetzigen Rspr. des R.G. zu entscheiden sein (R.G. 14 S. 365; 34 S. 424). Ist der Schuldner zur Herausgabe einer Sache verurtheilt und der Gerichtsvollzieher nimmt ihm eine Sache fort, an welcher mir der mittelbare Besitz zusteht, weil ich sie dem Schuldner vermiethet, geliehen, zur Verwahrung gegeben habe (§ 868), so steht mir nach dem B.G.B. gegen den Gläubiger die Besitzklage auf Rückgabe an den Schuldner oder an mich (§§ 861, 869) nicht zu. Denn die Voraussetzung der letzteren ist nach § 869 S. 1 eine gegen den Besitzer (Schuldner) verübte „verbotene Eigenmacht" (§ 858); als solche stellt sich aber eine Pfändung oder Wegnahme der im Besitze des Schuldners befindlichen Sache nicht dar, da „das Gesetz die Entziehung gestattet". (§ 858; §§ 712, 769 C.P.O. Vergl. Denkschr. S. 169).[12])

C. Nach A.L.R. findet die Besitzklage wegen Störung in jedem Fall statt, wo einmal der thatsächliche Eingriff erfolgt ist, mag derselbe auch nur im Augenblick eine Wirkung gehabt haben, bei der Klage-Erhebung eine solche nicht mehr bestehen und eine Besorgniß weiterer Störungen nicht vorhanden sein (Gr. 38 u. R.G. in Beitr. 24 S. 426) Fahre ich also aus bloßer Laune einmal über das Nachbars Land, so steht letzterem die Besitzklage zu; denn der animus turbandi (oben zu A) war vorhanden und der Umstand, daß die Störung nicht mehr fortwirkt, auch (weil ich etwa mein Grundstück inzwischen verkauft) eine Besorgniß weiterer Störungen nicht vorliegt, ist gleichgültig. Dagegen findet nach § 862 B.G.B. die Besitzstörungsklage nur statt, wenn die Störung z. Z. der Klage-Erhebung noch fortdauert, d. h. wenn sie entweder noch körperlich besteht, so daß eine Beseitigung der Verletzung verlangt wird, oder wenn auch nur — was der Kläger jedesmal aus besonderen Umständen nachweisen muß — die Besorgniß weiterer Störungen erregt, also ein Zustand der Rechtsunsicherheit geschaffen ist, so daß auf Unterlassung weiterer Störungen geklagt wird. Mot. S. 126, 127; Denkschr. S. 165. Durch diese Regelung wird einer Benutzung der Besitzklage zur Chikane angemessen vorgebeugt.

III.

Das B.G.B. gewährt, wie das A.L.R., Besitzschutz ohne Unterschied, ob der Besitzschutz auf einem dinglichen oder auf einem obliga

[12]) Die Interventions-Klage des Dritten aus § 690 C.P.O. ist in diesem Fall also petitorisch, §§ 985, 1004.

Digitized by Google

torischen Verhältniß beruht, ob der Besitzer die Sache als ihm gehörend besitzt (§ 872) oder nicht (vergl. Denkschr. S. 161) und ob er die ganze Sache oder nur Theile, insbesondere wesentliche Bestandtheile besitzt (vergl. oben I C). Auch dem Zwangsverwalter[18]) steht die Besitzklage zu, sowohl wegen der vor als wegen der nach Einleitung der Zwangsverwaltung erfolgten Besitz-Verletzungen; R.Zw.V.G. § 152. — Auch derjenige, welchem an der Sache ein Zurückbehaltungsrecht zusteht (§ 273 Abs. 2) ist Besitzer und hat die Besitzklage gegen den Schuldner und Dritte; nehme ich also dem Schneider, der meinen Anzug ausgebessert, dem Anwalt, der mich vertreten hat, den Anzug oder die Handakten (R.A.O. § 32) eigenmächtig fort, so steht denselben gegen mich die Besitzklage nach § 861 zu (ebenso A.L.R. I, 20 § 561); denn sie haben Besitz an den gedachten mir gehörigen Sachen. Anders aber, wenn ein Dienstverhältniß der in § 855 bezeichneten Art vorliegt; den hier bezeichneten Dienstverpflichteten steht ein Besitz an den ihnen vom Dienstherrn anvertrauten oder von ihnen ihm erworbenen Gegenständen nicht zu. Z. B. der Gutshirt ist von der Hütekuh verletzt oder der Handlungsreisende hat zur Ausbesserung der ihm vom Prinzipal übergebenen Muster Verwendungen gemacht; nimmt ihnen der Gutsherr (Prinzipal) die Kuh (Muster) eigenmächtig fort, so können sie nicht unter Berufung darauf, daß ihnen nach §§ 273 Abs. 2, 833, 683 ein Zurückbehaltungsrecht an den Sachen zugestanden habe, die Besitzklage erheben; denn ein Besitz stand nicht ihnen, sondern nach § 855 lediglich dem Dienstberechtigten zu.

[18]) Ueber die Frage, ob der Verwalter den Schuldner (Eigenthümer) oder die Gläubiger vertritt, bemerken die Mot. zum Entw. von 1889 S. 329, 330: „Der Verwalter ist Vertreter des Schuldners, freilich ein demselben aufgezwungener Vertreter, aber doch immerhin der Vertreter desselben in der Verwaltung des Grundstücks. Von der Stellung des Konkursverwalters unterscheidet sich seine Stellung namentlich dadurch, daß er zur Vertretung der bei der Verwaltung betheiligten Gläubiger nicht berufen ist." Dagegen hat das R.G. Bd. 24 S. 304 für das mit dem R.Zw.V.G. wesentlich gleichlautende Preuß. Gesetz vom 13. Juli 1883 ausgeführt, daß auf die vom Zwangsverwalter im Laufe der Zwangsverwaltung vorgenommenen Rechtshandlungen der Begriff der Stellvertretungen im eigentlichen Sinne nicht anwendbar ist, daß vielmehr der Verwalter, analog dem Konkursverwalter, diese Handlungen im eigenen Namen vornimmt, wenngleich der Erfolg derselben nicht ihm persönlich, sondern die Zwangsverwaltungsmasse und die in dieser zusammengefaßten Interessen trifft. (Vergl. hierüber Petersen in Zeitschr. f. deutsch. Civilproz. Bd. 18 S. 20—29).

Digitized by Google

Wegen der Einrede des Zurückbehaltungsrechts gegen die Besitzklage des Arbeitgebers (vergl. unten V a. E.). Personen dieser in § 855 bezeichneten Art haben die Besitzklage weder gegen den Dienstherrn noch gegen Dritte. Insbesondere gilt dies, wie erwähnt, auch vom Handlungsreisenden hinsichtlich der Muster- und Kundenbücher (vergl. Denkschrift zum H.G.B. S. 27 und Komm.-Ber. S. 217, 218 der Heymannschen Ausg.); werden ihm dieselben von Dritten weggenommen, so steht dem Reisenden das Recht der Nacheile (§§ 859, 860), nicht aber die Besitzklage zu. Gleiches gilt vom Dienstboten hinsichtlich der von ihm für die Herrschaft eingekauften Waaren und vom Soldaten hinsichtlich der ihm zur Erfüllung der Wehrpflicht übergebenen Waffen und Kleider (Prot. S. 3341). Ist einem Privatbeamten, z. B. einem Förster, als Theil seines Gehalts die Benutzung einer Wohnung und eines Ackerstücks überlassen und wird er sodann vom Dienstherrn entlassen und hiermit jener Nutzungen entsetzt, so kann er also nicht gegen den Dienstherrn mit der Besitzklage auf Wiedereinräumung klagen; vielmehr steht ihm nur die Vertragsklage auf Erfüllung bezw. Schadenersatz zu, so daß in diesem petitorischen Verfahren zugleich die Rechtmäßigkeit der Entlassung (§ 626) untersucht wird. Dasselbe gilt nach A. L.R. (Gr. 2); doch wird hier gegen Dritte, z. B. gegen den Pächter des Dienstherrn, dem Dienstverpflichteten die Besitzklage gegeben (O.Tr. 37 S. 135). Nach dem B. G.B. wird dies letztere durch § 855 ausgeschlossen sein; dagegen findet diese Bestimmung des B. G.B. zweifellos keine Anwendung auf öffentliche Beamte, denen als Theil des Einkommens die Nutzung von Wohnung und Acker eingeräumt ist; diesen steht wie gegen den Staat und die Gemeinde, so auch gegen Dritte nach dem B. G.B. Besitzschutz zu (vergl. Striethorst 95 S. 146).

Als erhebliche Abweichungen des B. G.B. vom A. L.R. sind hier vorzuheben:

A. Im Gegensatz zum A. L.R. (Gr. 14) hat nach dem B. G.B. der Erbe die Besitzklage auch dann, wenn der Eingriff in die Erbschaft erfolgt ist nach dem Erbfall (§ 1922), jedoch vor der Inbesitznahme seitens des Erben (§ 857; Denkschr. S. 162).

B. Nach A. L.R. steht dem Besitzkläger die exc. vit. poss. (oben I B) nur zu, wenn der entzogene Besitz dem Besitzkläger gegenüber fehlerhaft erlangt war, nicht auch, wenn er gegenüber dem Rechts

Digitized by Google

vorgänger des Besitzklägers fehlerhaft war. Z. B.: A. hat von B. eine Wohnung gemiethet und hat neben den ihm übergebenen Räumen noch eigenmächtig eine Kammer in Besitz genommen; B. verkauft sodann das Haus an C., welcher eigenmächtig den A. wieder aus dem Besitz der Kammer entsetzt; A. erhebt deshalb die Besitzklage gegen C.; letzterem steht nach A.L.R. die exc. vit. poss. nicht zu; denn der entzogene Besitz war fehlerhaft nicht gegenüber dem Besitzkläger C., sondern nur gegenüber dessen Rechtsvorgänger B., da gegen diesen die verbotene Eigenmacht verübt war. Nach A.L.R. steht daher dem Besitzer auch die Besitzklage nicht zu, wenn der Besitz seines Rechtsvorgängers verletzt ist, wenn also die gerügte Handlung vor Eintritt der Rechtsnachfolge verübt ist; daher würde im vorliegenden Fall C. mit einer Besitzklage auf Wiedereinräumung der Kammer gegen A. nicht durchdringen. Vergl. O.Tr. 72 S. 268; Striethorst 61 S. 323 (Rehbein S. 717 u. 709). — Nach dem B.G.B. ist dagegen der Anspruch des von C. entsetzten A. auf Rückgabe der Kammer ausgeschlossen, da der ihm vom Beklagten C. entzogene Besitz gegenüber dem B., dem Rechtsvorgänger des Beklagten C., fehlerhaft war und dies nach § 861 Abs. 2 zur Ausschließung des Beklagten genügt. Ist hiernach der Rechtsnachfolger zur Erhebung der exc. vit. poss. aus dem Recht seines Rechtsvorgängers berechtigt, ist er also befugt, die gegen seinen Vorbesitzer verübte Eigenmacht einfach durch Selbsthülfe zu beseitigen, so muß er auch legitimirt sein, wegen der gegen seinen Vorgänger verübten Eigenmacht die Besitzklage zu erheben.[14]) Das B.G.B. kennt also einen Uebergang der Rechtsposition des Besitzschutzberechtigten auf den Besitznachfolger, ähnlich wie bei der Verjährung und Ersitzung (§§ 221, 943). Vorausgesetzt ist dabei aber eine Rechtsnachfolge, nicht bloßes zeitliches Aufeinanderfolgen der Besitzer.

C. Im Gegensatz zum A.L.R. (§§ 144, 145) hat nach dem B.G.B. der die thatsächliche Gewalt Ausübende (abgesehen von dem bereits besprochenen Fall des § 855) die Besitzklage stets, also auch gegenüber demjenigen, der ihm die Gewalt ohne jeden Rechtsgrund eingeräumt hat, wie bereits oben I D 2 für die Rechtsverhältnisse beim Vorbehaltsgut und der Gütertrennung ausgeführt. Daher hat nach

[14]) Die Vorarbeiten zum B.G.B. ergaben über diese Frage nichts.

Digitized by Google

dem B. G. B. auch der Prekarist die Besitzklage wie gegen Dritte so auch gegen den precario concedens; oben I E und II Abs. 1 a. E.

Dagegen hat das B. G. B. im Anschluß an die Rechtsprechung des O. Tr. die Frage entschieden:

D. in § 866: über den Besitzschutz von Mitbesitzern im Verhältniß zu einander; Rehbein S. 733, 739. Z. B. mir steht die Mitbenutzung des Gartens gemeinschaftlich mit meinem Vermiether zu: wenn dieser nun in demselben Bäume durch den Gärtner ausgraben oder einsetzen läßt oder Lauben errichtet, so habe ich nicht die Besitzklage aus §§ 865, 862 (Striethorst 18 S. 323); gleiches gilt, wenn mein Nachbar das auf der uns Beiden als Zugangsweg zu unseren Grundstücken dienenden Trift wachsende Gras abweidet (Gr. 5). Denn mein Besitzstand am Garten (Weg) wird hierdurch nicht berührt und die Frage, ob derartige Handlungen des einen Mitbesitzers mit den ihm gegen den anderen obliegenden Verpflichtungen vereinbar sind, ob er also die Grenzen des ihm zustehenden Gebrauchs überschritten, ist nur im petitorischen Verfahren (§§ 535 u. 743 Abs. 2) zu entscheiden. Dagegen steht mir die Besitzklage zu, wenn der Vermiether den Garten abschließt, der Nachbar die Trift durch Gräben ungangbar macht, ich also vom Gebrauch gänzlich ausgeschlossen bin. (Prot. S. 3362; Denkschr. 167.) — Zweifellos steht mir dagegen gegen einen Dritten, der im Garten gräbt (die Trift abweidet) die Besitzklage ohne Zuziehung meines mitbeeinträchtigten Vermiethers (Miteigenthümers) zu (§ 1011, Denkschr. eb.).

E. in §§ 869, 871: über den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers bei Besitzverletzungen gegen den Besitzer. Z. B. ich bin Eigenthümer eines Teichs, an welchem dem B. der Nießbrauch zusteht; B. hat den Teich verpachtet. Pfändet Jemand dem Pächter die Fischerei-Geräthschaften, so steht sowohl mir, als auch dem Nießbraucher, als auch dem Pächter die Besitzklage zu (vergl. Striethorst 16 S. 84); und zwar ist das Klagerecht jedes Einzelnen ein selbständiges, so daß dasselbe dadurch nicht berührt wird, daß etwa nachträglich der Mitverletzte die Besitzstörung genehmigt. Durch die Konkurrenz der in idem gehenden Ansprüche der drei Verletzten können Schwierigkeiten kaum entstehen; auch im Fall der Berechtigung mehrerer Personen zur Forderung einer untheilbaren Leistung und des Versprechens an einen Dritten (§§ 432, 1011; 335) ist eine ähnliche Konkurrenz und die

Digitized by Google

Möglichkeit abweichender Urtheile vorhanden: Mot. S. 128. Danach kann im gedachten Fall jeder der drei Besitzer eine besondere Klage (mit den sich aus § 864 ergebenden Schranken) erheben.

IV.

Hinsichtlich der Passiv-Legitimation bei der Besitzklage führt das B. G. B. zwei erhebliche Abweichungen vom A. L. R. herbei:

A. Nach A. L. R. ist für die Besitz-Entziehungsklage nicht Voraussetzung, daß der Besitzkläger bei der Zustellung noch im Besitz ist;[15]) nehme ich Jemandem (vielleicht scherzhaft) seinen Hut weg und werde von ihm mit der Besitzklage auf Rückgabe belangt, so kann ich mich nicht durch den Einwand schützen, daß ich den Hut inzwischen wieder verloren habe (O. Tr. 70 S. 324). Nach dem B. G. B. ist dagegen Voraussetzung der Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber fehlerhaft (z. Z. der Klage-Erhebung) „besitzt", § 861. Im obigen Beispiele würde also nach dem B. G. B. die Besitzklage abgewiesen werden: die Obligation besteht nur, insoweit deren Natural-Erfüllung möglich und erzwingbar ist; entäußert sich der Besitzkläger des Besitzes während des Rechtsstreites, so wird er von der Besitzklage frei bis auf seine Haftung für die Prozeßkosten, Mot. S. 124. In diesem letzteren Falle wird dagegen der Kläger nicht gemäß § 240 N. 3 C. P. O. in Aenderung des Klage-Antrages das Interesse fordern können, da ein Anspruch letzterer Art einen petitorischen Charakter hat (vergl. unten VII D) und im Sonderprozeß zu verfolgen ist. — Für die Besitzstörungsklage läßt sich dagegen auch nach dem B. G. B. jene eingangs gedachte Voraussetzung nicht schlechthin aufstellen. Errichte ich z. B. auf meinem Grundstück (bei beweglichen Sachen ist eine Störung ohne gleichzeitige Entziehung des Besitzes nur ausnahmsweise möglich, z. B. bei Kähnen, Schiffen, Buden; Mot. S. 117) eine auf den Hof des Nachbars herüberreichende Anlage, so kann ich mich gegen die auf Beseitigung der Störung gerichtete Besitzklage nicht darauf berufen, daß ich mein Grundstück inzwischen veräußert habe: es bleibt mir überlassen, wie ich in letzterem Falle dem Urtheile genüge.[16]) Habe ich aber die An-

[15]) Freilich hat in solchem Falle das Urtheil keinen praktischen Erfolg; dasselbe stellt nur fest, daß eine Besitzverletzung stattgefunden habe.

[16]) In derselben Weise bleibt es dem mit dem Eigenthums-Anspruch be-

Digitized by Google

lage vor der Veräußerung des Grundstücks beseitigt, so ist nach dem B. G.B. (anders nach A. L.R. oben II C) die Besitzklage gegen mich ausgeschlossen, da die Besorgniß weiterer Störungen nicht mehr vorhanden ist (§ 861 Abs. 1 S. 2).

B. Das A. L.R. beschränkt die Verfolgung mit der Besitzklage auf den Mitthäter, sowie den Erben des eigenmächtig Handelnden, eine Besitzklage gegen den Nachbesitzer des letzteren ist ausgeschlossen. Nach § 858 Abs. 2 B. G.B. muß dagegen der Nachfolger im Besitz die „Fehlerhaftigkeit" desselben schon dann gegen sich gelten lassen, wenn er die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerb kennt.[17]) Z. B. der Gläubiger legt den Wechsel dem Schuldner zur Zahlung vor, dieser nimmt ihn eigenmächtig an sich, ohne Zahlung zu leisten[18]) und der Wechsel gelangt sodann (ob mit oder ohne Willen des Schuldners, ist gleichgültig) in den Besitz eines von diesem Sachverhalt unterrichteten Dritten. Der Gläubiger dringt hier gegen den Dritten mit der Besitzklage auf Rückgabe des Wechsels durch (§§ 858 Abs. 2 u. 861), und nimmt der Gläubiger den Wechsel dem Dritten innerhalb eines Jahres eigenmächtig fort, so ist die Besitzklage des Dritten gegen den Gläubiger ausgeschlossen. Die Besitzklage wie die exc. vitios. poss. ab advers. gehen eben nach dem B. G.B. auch gegen den bösgläubigen Erwerber; letzterer wird stets als Theilnehmer der verbotenen Eigenmacht angesehen (Mot. S. 123; Denkschr. S. 123). Zu beachten ist aber, daß der Dritte die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers gekannt haben muß. Wenn also jemand mir von der Weide eigenmächtig eine Gans wegnimmt und dieselbe einem Gutgläubigen (etwa schenkungsweise) übergiebt und die Gans dann zu einem von jenem Sachverhalt unterrichteten fliegt, so findet gegen letzteren auch nach dem B. G.B. weder die Besitzklage noch die exc. vit. poss. statt; denn hier ist der jetzige Besitzer Nachfolger im Besitz desjenigen, welcher fehlerfrei besaß (Prot. S. 3354).

Bezüglich der Frage nach der Passiv-Legitimation, wenn die Besitzverletzung nicht in eigener Angelegenheit verübt ist, sondern entweder a) in Folge besonderen Auftrages oder b) gelegentlich der

langten mittelbaren Besitzer (§ 868) überlassen, wie er die Herausgabe der von ihm vermietheten Sache an den Kläger bewirken kann (§ 985).

[17]) Verschuldete Unkenntniß genügt nicht, Prot. S. 3352, 3353.

[18]) Vergl. oben II a. Anf.

Digitized by Google

Wahrnehmung fremder Interessen, insbesondere beim Vorliegen eines allgemeinen Verwaltungs-Auftrages, ist für das B.G.B. Folgendes anzuführen:

1. Es liegt ein Sonder-Auftrag vor; z. B. ich weise meinen Sohn, meinen Verwalter oder meine Lohnarbeiter an, auf des Nachbars Acker Holz zu lagern. Die Besitzklage auf Wiedereinräumung des Besitzes geht nach § 861 gegen denjenigen, welcher fehlerhaft „besitzt"; diese Voraussetzung ist im gedachten Falle nur bei mir vorhanden, nicht bei den Genannten, deren ich mich zur Erlangung des Besitzes bedient habe; der Verwalter hätte an dem in meinem Auftrage belegten Acker selbst dann nicht Besitz, wenn er mein Gut etwa selbständig bewirthschaftet (§ 855). Habe ich die Genannten angewiesen, bis hart an des Nachbars Acker einen Graben zu ziehen, durch welchen dem Nachbar Unrath zugeführt wird, so bin ich gleichfalls allein passiv legitimirt. Die Besitzklage des Nachbars geht nach § 862 gegen den „Störer" auf Beseitigung der Störung und auf Unterlassung, also auf Beseitigung des zugeführten Unraths und Veränderung des Grabens. Eines wie das andere kann aber der Natur der Sache nach nur von mir verlangt werden; ich allein bin also der „Störer", nicht die genannten Beauftragten, denen, mögen sie auch vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben, jedes eigene Interesse gefehlt hat und die dem Klageantrag zu genügen außer Stande sind. Diese Entscheidung folgt also aus der Natur der Besitzklage; nur wenn der Nachbar Schadensersatz verlangte, ergäbe sich die Entscheidung aus §§ 830, 823.

2. Die Besitz-Verletzung ist nicht auf Grund besonderer Anweisung, jedoch gelegentlich der Wahrnehmung fremder Interessen erfolgt; z. B. die Arbeiter, denen ich die Abholzung meines Waldes und die Ziehung eines Grabens in der Mitte desselben aufgetragen habe, haben meinem Auftrag zuwider auch des Nachbars Wald geholzt oder den Graben hart an des Nachbars Grenze gezogen. Hier habe ich nicht Besitz an den aus des Nachbars Wald geholzten Stämmen erworben, da ich weder selbst gehandelt noch durch andere habe handeln lassen (Mot. S. 88; vergl. § 180 S. 1). Dem Nachbar ist aber die thatsächliche Gewalt an den entnommenen Stämmen entzogen und dieselbe ist von den Arbeitern erworben, obwohl sie dieselbe nicht für sich erwerben wollten; denn ein auf Er-

Digitized by Google

werbung des Besitzes gerichteter Wille ist nicht erforderlich, oben I a. Eine Besitzklage auf Wiedereinräumung des Besitzes wird sich in diesem Falle regelmäßig erübrigen, andernfalls ist dieselbe ebenso wie die Störungsklage gegen die Arbeiter als Besitzer und Störer zu richten. Nehme ich aber von diesen Handlungen verbotener Eigenmacht während derselben Kenntniß, ohne sie zu verhindern, oder nehme ich auch nur nachträglich diese Kenntniß, ohne sofort das zur Beseitigung Erforderliche zu thun, insbesondere dem Nachbar den Sachverhalt klar zu stellen, so muß nach § 133 bei dieser meiner (still schweigenden) Willenserklärung dasselbe gelten, als wie im Fall des Auftrages, oben zu 1. Dasselbe muß auch gelten, wenn ich vom Nachbar mit der Besitzklage belangt werde und mich auf dieselbe einlasse, die an sich mich nicht haftbar machenden Handlungen, also als die meinigen, übernehme. Ebenso zu beurtheilen ist die Besitzverletzung anläßlich der Ausführung eines allgemeinen Verwaltungs-Auftrages;[19]) z. B. der Verwalter, dem die selbständige Bewirthschaftung meines Gutes obliegt, nimmt eigenmächtig des Nachbars Acker in Besitz oder führt demselben durch Gräben Unrath zu. Der allgemeine Bewirthschaftungs-Auftrag ermächtigt den Verwalter nicht, für mich verbotene Eigenmacht auszuüben und durch solche für mich Besitz zu erwerben; der § 855 findet hier also nicht Anwendung und der Verwalter besitzt den umgepflügten Acker fehlerhaft (§ 861). Ebenso ist der Verwalter der „Störer" im Sinne des § 862, zumal er regelmäßig (etwa von dem Fall inzwischen erfolgter Beendigung des Verwaltungsvertrages abgesehen) in der Lage ist, die Störung zu beseitigen und weitere Störungen zu unterlassen.

Juristische Personen (Vereine, Stiftungen, Aktiengesellschaften) werden durch den Vorstand vertreten; §§ 26 Abs. 2 u. 86; H.G.B. § 231. Hieraus folgt, daß bei Besitz-Verletzungen, die der Vorstand in Ausübung dieser Vertretungsmacht, also innerhalb seines Geschäftskreises, vornimmt, die juristische Person passiv legitimirt ist, auch wenn die Handlung nicht auf Beschluß der letzteren vorgenommen ist.

Diese Ergebnisse entsprechen der Rspr. des O.Tr. (Rehbein S. 745); dieselbe hat hier und insbesondere auch über die Frage,

[19]) Dieser Vertrag (vergl. A.L.R. I, 14 §§ 107 ff.) ist im B.G.B. nicht besonders geregelt; auf denselben finden die allgemeinen Vorschriften über den Auftrag Anwendung (Mot. Bd. 2 S. 529).

Digitized by Google

inwiefern gegen Störung durch Ausführung behördlicher Verfügungen die Besitzklage stattfindet (ebd. S. 739, vergl. auch R.G. in J.W. 1896 S. 14: Besitzstörung durch militärische Uebungen), auch für das B.G.B. unbeschränkte Bedeutung. Im täglichen Verkehre ist es nicht selten, daß Polizeibeamte auf Anrufen des Verletzten in unberechtigter Ausübung der Rechtspflege Veränderungen des Besitzstandes vornehmen. Z. B. mir ist eine Sache gestohlen, welche im Besitze eines der Straftat Verdächtigen gefunden wird; erscheint dem Polizeibeamten der Thatbestand klar, so nimmt er auf mein Anrufen dem Besitzer die Sache kurzer Hand fort und übergiebt mir dieselbe. Hier findet selbstverständlich die Besitzklage gegen mich (und den Beamten als Mitthäter) in derselben Weise statt, als wenn ich ohne Anrufen der Polizei die Sache dem Besitzer weggenommen hätte und steht uns gegen seine Besitzklage die exc. vit. poss. aus § 861 Abs. 2 zu. Insoweit zur Beseitigung der ungesetzlich vom Gerichtsvollzieher bei einem anderen als dem Schuldner vorgenommenen Zwecke die Besitzklage stattfindet (oben II B), ist dieselbe grundsätzlich gegen den Gerichtsvollzieher zu richten; dieser kann seine Passiv-Legitimation nicht deshalb verneinen, weil er im Auftrage des Gläubigers gehandelt habe: der allgemein ertheilte Auftrag zur Zwangsvollstreckung genügt hierzu nicht. Vielmehr ist der Gläubiger zur Besitzklage passiv nur dann legitimirt, wenn der Auftrag ausdrücklich auf Vornahme der Zwangsvollstreckung beim Dritten ging oder der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. durch Weigerung der Freigabe, Versteigerungs-Anträge) die Zwangsvollstreckung und hiermit die vom beauftragten Gerichtsvollzieher verübte verbotene Eigenmacht genehmigt (R.G. 14 S. 364 u. bes. in J.W. 1893 S. 199 N. 15). Diese Grundsätze gelten auch für das B.G.B. — Die Passiv-Legitimation des Zwangsverwalters[20]) aus den von ihm begangenen Besitzverletzungen ist nach § 152 R.Zw.V.Ges. zweifellos (ebenso Striethorst 8 S. 83), sowie ferner, daß das gegen ihn ergangene Urtheil auch den Schuldner bindet: inwieweit die Kosten, wenn der Verwalter unterlegen ist, ihm persönlich oder der Masse zur Last fallen, ergiebt sich aus § 154 ebd. und §§ 276, 278 B.G.B. Selbstverständlich kann weder der Schuldner noch ein anderer Besitzer des Grundstückes gegen den Verwalter die Besitzklage erheben, um die Aufhebung der

[20]) Vergl. oben III a. A.

Digitized by Google

Verwaltung und hiermit die Wiedereinräumung des Besitzes an den Kläger zu erlangen (R.G. in Beitr. Bd. 33 S. 1109). Ist die Besitzverletzung von den geschäftsführenden Gesellschaftern in Ausübung dieser ihrer Stellung ausgeführt, so sind die sämmtlichen Gesellschafter bezw. die offene Handelsgesellschaft passiv legitimirt (§ 710; H.G.B. §§ 114, 115), doch ist der Kläger nicht verpflichtet, die Besitzklage gegen sämmtliche Gesellschafter zu erheben (vergl. § 421), er wird dies indeß regelmäßig thun, da andernfalls die Verwirklichung des Urtheils, insbesondere falls die entzogene Sache sich in Mitbesitz befindet, schwierig ist (§ 670b C.P.O.). Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung, § 54; der Vorstand hat also die Stellung der geschäftsführenden Gesellschafter, § 710. Z. B. der Vorstand eines politischen Wahlvereins (vergl. §§ 61 Abs. 2 u. 43 Abs. 3) läßt die Vereins-Geräthschaften auf meine Wiese bringen, um daselbst ein Sommerfest zu feiern; für die Besitzklage ist passiv legitimirt der Verein (vergl. § 49a Abs. 2 C.P.O.).

V.

Die in § 863 bestimmte Unzulässigkeit der Geltendmachung des Rechtes zum Besitze, sofern nicht durch dieselbe lediglich das Vorliegen einer verbotenen Eigenmacht verneint wird, entspricht dem A.L.R. Der Verpächter ist niemals berechtigt, den Pächter eigenmächtig des Pachtbesitzes zu entsetzen; gegen die Besitzklage desselben steht daher nach dem B.G.B. dem Verpächter nicht die Einrede zu, das Pachtrecht sei durch Ablauf der Pachtzeit erloschen. (A. M. ursprünglich d. O.Tr. auf Grund A.L.R. §§ 131, 132; Rehbein S. 72.) Dagegen begeht der Ehemann, der die im Sonderbesitz der Frau befindlichen Gegenstände des eingebrachten Vermögens eigenmächtig an sich nimmt, z. B. aus dem Aufbewahrungsort in die eheliche Wohnung schafft, nicht verbotene Eigenmacht; gegen die Besitzklage der Frau beruft er sich auf die ihm nach § 1373 zustehende Berechtigung, diese Sachen in Besitz zu nehmen, d. h. sich auch gegen den Willen der Frau in deren Besitz zu setzen (R.T.M. Ber. S. 137 u. oben I D 1). Die Einrede, daß Kläger in die gerügte Handlung eingewilligt habe, verneint das Vorliegen verbotener Eigenmacht, ist also auch nach dem B.G.B. stets zulässig (vergl. Striethorst 18 S. 49).

Digitized by Google

Nicht zutreffend für das B.G.B. ist die Entscheidung in Striethorst 94 S. 261 (Rehbein S. 732): eine Erbschaft ist ungetheilt und der Miterbe A. hat Jahre hindurch das Nachlaßgrundstück ungestört besessen und benutzt; plötzlich nimmt der Miterbe B. auf dem Grundstück Anpflanzungen vor; gegen die Besitzklage des A. macht B. geltend, daß er zur Vornahme der Anpflanzungen nach § 2038 berechtigt sei. Das O.Tr. sah hierin einen unzulässigen Einwand aus dem Recht zum Besitz; nach dem B.G.B. würde indeß die Besitzklage des A. nicht durchdringen. Denn der Besitzkläger B. ist nach § 857 Mitbesitzer des Grundstücks und die Besitzklage daher nach § 866 ausgeschlossen (vergl. oben III D). Für die verneinende Vertheidigung des Besitzklägers kommt nach dem B.G.B. in Betracht die Geltendmachung der Selbstwertheidigung und Selbsthülfe, des Pfandrechtes des Vermiethers,[21]) der landesgesetzlich zulässigen Pfändung (§§ 227 ff., 559; E.G. Art. 89). Zu erörtern ist hier noch die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes; nimmt mein Pächter mit dem Pachtacker in gutem Glauben auch ein in meinem Besitze befindliches Landstück in Nutzung, so steht ihm gegen meine Besitzklage nicht die Einrede zu, daß er auf das Landstück durch Besäen Verwendungen gemacht habe (§ 273 Abs. 2): hierin läge eine nach § 863 unzulässige Einrede aus dem Recht zum Besitz. Insbesondere steht auch den in § 855 Bezeichneten eine solche Einrede nicht zu: der Dienstherr kann dem Hirten die Kuh jederzeit wegnehmen, ohne der Besitzklage des Hirten ausgesetzt zu sein, weil letzterer etwa durch die Kuh verletzt ist (oben III a. Anf.). Kann oder will der Dienstherr von diesem Recht des Selbstschutzes keinen Gebrauch machen, so erhebt er gegen den Hirten, welcher sich durch die Verweigerung der Herausgabe einer verbotenen Eigenmacht gegen den Dienstherrn schuldig macht (so auch O.Tr. 44 S. 34; 46 S. 49), die Besitzklage; der Hirte kann sich hiergegen nicht auf ein ihm aus §§ 833, 273 Abs. 2 zustehendes Zurückbehaltungsrecht berufen; der Dienstherr kann, wenn er seine Ansprüche gerichtlich geltend macht, nicht in eine ungünstigere Lage kommen, als wenn er dieselben durch Selbstschutz, d. h. einfache Weg-

[21]) Darüber, inwieweit dies Pfandrecht bei gemischten Verträgen Anwendung findet, z. B. ich erhalte für eine Gesammtvergütung die Benutzung eines Zimmers nebst Beköstigung, vergl. R.G. 37 S. 92. Dasselbe wird auch für das B.G.B. gelten.

Digitized by Google

nahme verwirklichte. Vergl. Mot. 2 S. 44 u. Prot. S. 3341; anders nach A.L.R., Striethorst 42 S. 223. Eine entgegengesetzte Auffassung findet sich anscheinend im Ber. des R.T.A. zum H.G.B. (S. 218 der Heymannschen Ausg.), da hier dem Reisenden gegen die Klage des Prinzipals auf Herausgabe der Muster ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen eingeräumt wird.

VI.

A. Die Streitfragen des Preußischen Rechts über den Begriff der „neuerlichen" Störung und den Einfluß der Klage aus dem Recht auf die Besitzklage sind durch B.G.B. § 864 beseitigt. Die Bestimmung in § 823 Abs. 1 E I, daß durch die Erhebung einer Klage der einen Art nicht die der anderen Art gehindert wird, ist als selbstverständlich gestrichen.

B. Im Gegensatz zu A.L.R. §§ 151—153 erfolgt die Strafandrohung und die Auflage einer Sicherheitsleistung nach dem B.G.B. nicht mehr in dem auf die Besitzklage ergehenden Urtheil, sondern im Zwangsverfahren nach §§ 775 C.P.O.; Mot. S. 126.

C. Im Gegensatz zu A.L.R. § 155 ff., wonach das Gericht bei Zweifelhaftigkeit des letzten ruhigen Besitzstandes durch Urtheil eine einstweilige Regelung desselben treffen kann, kann nach dem B.G.B. in diesem Fall das Urtheil nur auf Abweisung der Klage lauten. Die Zulässigkeit einstweiliger (auf Antrag durch Beschluß zu erlassender) Verfügungen bleibt selbstverständlich unberührt.

D. Nach den §§ 861, 862 kann mit der Besitzklage nur Wiedereinräumung des Besitzes, Beseitigung der Störung, Unterlassung derselben, folglich nicht Schadensersatz wegen Besitzstandsverletzung gefordert werden, Mot. S. 124, 127 u. Denkschr. S. 164; und nach § 232 Abs. 2 C.P.O. in der Neufassung können die erstgedachten drei Ansprüche nicht mit Ansprüchen aus dem Recht selbst in einer Klage verbunden werden. Es fragt sich daher, ob das B.G.B. einen Schadensersatzanspruch aus verletztem Besitz als solchem kennt oder ob zur Begründung des Schadensersatzanspruchs auf das Recht zum Besitz zurückzugehen ist. Dies letztere ist anzunehmen: das B.G.B. erwähnt nirgends eines Schadensersatzanspruchs aus verletztem Besitz als solchem; hierzu bedarf es vielmehr des Nachweises der Verletzung

Digitized by Google

eines Rechts.[22]) Hat also mein Nachbar mir eigenmächtig den Besitz eines Ackers entzogen oder mich im Besitz desselben gestört und ist er auf meine Besitzklage zur Wiedereinräumung des Besitzes an mich oder zur Beseitigung der Störung nach den §§ 861, 862 verurtheilt, so kann ich Schadensersatz wegen der mir durch die verbotene Eigenmacht entgangenen Nutzungen nur verlangen, wenn ich ein Recht an dem Landstück, etwa Pacht, Nießbrauch, Eigenthum[23]) nachweise. Dasselbe gilt grundsätzlich, wenn die verbotene Eigenmacht sich gegen eine bewegliche Sache gerichtet hat, nur daß hier in § 1006 eine Beweiserleichterung vom B.G.B. vorgeschrieben ist. Z. B. Jemand nimmt mir meine Milchkuh eigenmächtig aus dem Stall fort; hierin braucht nicht nothwendig eine unerlaubte Handlung zu liegen, da er sich auf Grund mißverstandener Aeußerungen meinerseits vielleicht zur Wegnahme für berechtigt hielt; er wird auf meine Besitzklage zur

[22]) Von der hier erörterten Frage ist wohl zu unterscheiden der Fall, wo jemand durch eine Besitzstörung an seinem sonstigen Vermögen geschädigt ist; z. B. mein Nachbar entzieht durch verbotene Eigenmacht meinem Grundstück das Wasser und führt hierdurch das Absterben meiner Forellen herbei. Für den Verlust meines Eigenthums an den Forellen haftet er im Fall eines Verschuldens nach § 823, R.G. in J.W. v. 1896 S. 325; und es ist gleichgültig, ob mir Rechte an dem Grundstück zustanden, gegen welches die Störung sich gerichtet hat.

[23]) Um seinen Zweck zu erfüllen, muß das Grundbuch in erster Linie „das Grundstück", als den Gegenstand der aus ihm zu ersehenden Rechte, deutlich erkennbar machen; deshalb verlangt die R.Gr.B.O. in § 2 Abs. 2 die Bezeichnung der Grundstücke nach einem amtlichen Verzeichniß, z. B. Flurbuch, Grundsteuerbuch. Der Kläger führt daher auch nach dem B.G.B. den Nachweis seines Eigenthums, wenn die streitige Fläche in diesem Verzeichniß als zu des Klägers Grundstück gehörig aufgeführt ist. Nun können aber die Angaben dieses Verzeichnisses in Folge unrichtiger Messung und Kartirung der Wirklichkeit widersprechen; eine zweifellos zum Grundstück des Klägers gehörige Fläche kann in jenem Verzeichniß als zum Grundstück des Beklagten gehörig aufgeführt sein. Während nun nach der Preuß. Rechtsprechung diese Angaben des Verzeichnisses durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gedeckt werden, der gutgläubige Käufer also die so bezeichnete Fläche erwirbt, auch wenn dieselbe thatsächlich niemals zu dem ihm aufgelegten Grundstück gehört hat, lehnen die Mot. zum Entw. einer R.Gr.B.O. von 1889 S. 35 und die Denkschr. z. R.Gr.B.O. vom 24. März 1897 (S. 26 der Heymannschen Ausg.) eine solche Folgerung ab; der Besitzkläger soll also berechtigt sein, die Unrichtigkeit jener Angaben des Verzeichnisses nachzuweisen. Vgl. Koppers in Beitr. Bd. 36 S. 366—370.

Digitized by Google

Rückgabe der Kuh — ohne Rücksicht auf ihn bei der Besitzverletzung treffendes Verschulden, oben II A — verurtheilt. Ist die Zwangsvollstreckung (§ 769 C.P.O.) erfolglos, so steht mir, da die für das Eigenthum des Besitzklägers als gegenwärtigen Besitzers sprechende Vermuthung widerlegt ist, § 1006 Abs. 1 Satz 2, bei Erhebung von Ansprüchen auf Schadenersatz und auf Bereicherung die Vermuthung zur Seite, daß ich Eigenthümer der Kuh während der Dauer meines Besitzes gewesen; Abs. 2 ebd. und Denkschr. S. 205.[24]) Zu beachten ist dabei einerseits, daß die Voraussetzung der Schadenersatzpflicht in jedem Fall ein Verschulden des Besitzklägers ist, § 823 u. Denkschr. S. 162, 165; andererseits, daß der Besitzkläger von der Zustellung der Besitzklage an gemäß § 292 nach den für die Eigenthumsklage geltenden Vorschriften (§§ 987 ff.) haftet. Ist hiernach der Schadenersatzanspruch ein Anspruch „aus dem Recht selbst", so kann derselbe nicht mit der Besitzklage verbunden werden.[25]) Es ist daher auch unzulässig, mit der Besitzklage auf Wiedereinräumung des Besitzes der eigenmächtig entzogenen Sache, soweit sie noch vorhanden, und zugleich auf Werthsersatz, soweit dieselbe nicht mehr vorhanden, zu klagen; das O.Tr. (1 S. 247) hat dies auffallenderweise für zulässig erklärt. Vergl. das Nähere bei Rehbein S. 751, 752. Selbstverständlich kann neben der Besitzklage auch die gesonderte Schadenersatzklage erhoben werden.

VII.

Mit Sicherheit wird unter der Geltung des B.G.B. eine erhebliche Verminderung der Besitzklagen eintreten. Der weitaus größte Theil derselben wird gegenwärtig erhoben zum Schutz angeblicher Grunddienstbarkeiten, insbesondere von Wegegerechtigkeiten: der angeblich Berechtigte vermeidet den nach jetzigem Recht zulässigen, aber schwierigen Nachweis erfolgter Ersitzung der Dienstbarkeit, indem er lediglich Schutz in der thatsächlich erfolgten Ausübung derselben beansprucht. Nach dem B.G.B. ist jedoch Voraussetzung dieses letzteren

[24]) Ueber die Entstehung des § 1006 vgl. § 825 E. I u. Prot. S. 3370 bis 3374.

[25]) Nach R.G. 33 S. 332 kann die unzulässige Verbindung von Klagen nicht zur Abweisung beider Anträge führen, so lange nicht dem Kläger durch Hinweis auf die für unzulässig erachtete Verbindung beider Anträge seitens des Gerichts Veranlassung gegeben war, einen der beiden Anträge für den jetzigen Prozeß zurückzuziehen, § 130 C.P.O.

Digitized by Google

Schutzes, daß die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist, § 1029.[26]) Ist nun aber diese letztere Voraussetzung vorhanden, so ist das Recht selbst klargestellt und der Berechtigte hat keinen Anlaß, die den Nachweis der thatsächlichen Ausübung erfordernde Besitzklage zu erheben; er erhebt in diesem Fall vielmehr die Klage aus dem Rechte selbst, § 1027, da die C.P.O. einen besonderen Besitzprozeß nicht kennt, und die wünschenswerthe Abkürzung der Einlassungs- und Ladungsfristen in allen Fällen auf Antrag erreicht werden kann. Für die Besitzklage ist ein Bedürfniß also nur, wenn etwa ein Pächter des berechtigten Grundstücks in der Ausübung der Grunddienstbarkeit gestört wird (denn dieser ist zur Erhebung der Konfessorienklage nicht legitimirt), sowie in den seltenen Fällen, wo etwa der Eigenthümer des berechtigten Grundstücks voraussieht, daß der Eigenthümer des belasteten Grundstücks gegen die Konfessorienklage die Unrichtigkeit des Grundbuchs geltend machen will (indem er z. B. die Eintragung der Dienstbarkeit als unwirksam ansieht, weil dieselbe auf Grund einer gefälschten oder inhaltlich ungenügenden Vollmacht bewilligt ist, § 894; R.Gr.B.O. § 19) oder wo der Eigenbesitzer (§ 872) die Auflassung noch nicht erlangt hat (§ 925) bezw. das in Anspruch genommene Erbeigenthum nicht nachweisen kann; vergl. R.Gr.B.O. § 36. — Ebenso wird aber unter der Geltung des B.G.B. der Eigenthümer seltener in die Lage kommen, die Besitzklage gegen störende Eingriffe in das Grundstück zu erheben: denn gegenwärtig erfolgen derartige Störungen hauptsächlich, weil der Störer eine ihm auf Grund Vertrages oder Ersitzung vermeintlich zustehende Grunddienstbarkeit auszuüben glaubt, ein Irrthum, der nicht wohl vorkommen kann, wenn die Eintragung im Grundbuch Voraussetzung des Bestehens der Dienstbarkeit ist; vergl. Denkschr. S. 207. Erwägt man weiter, daß das B.G.B. eine Besitzklage wegen Hinderung in der Ausübung von Rechten im Uebrigen nicht kennt (oben I E), daß dasselbe auch ferner die Zulässigkeit der Besitzklage mehrfach gegenüber dem jetzigen Recht beschränkt (vgl. oben II C u. IV A), daß endlich die nach jetzigem Recht vielfach streitigen Voraussetzungen der sogenannten publicianischen Klage in den §§ 1006, 1007 klargestellt und hierdurch die Rechtsverfolgung erleichtert wird: so wird das B.G.B. zweifellos eine sehr erhebliche Verminderung der Zahl der Besitzklagen zur Folge haben.

[26]) Vgl. die Uebergangsbestimmungen in E.G. Art. 191.

Digitized by Google

Herr Rechtsanwalt am Reichsgericht Dr. **M. Scherer** hat die Herausgeber um Aufnahme folgender „Berichtigung" ersucht:

In der Rezension über mein Werk, Allgemeiner Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches, welche in Ihrer Zeitschrift Bd. 14 Heft 2 erschienen ist, kommen folgende Ausführungen vor:

I. „Auch die Gruppirung der Entscheidungen ist öfters seltsam, so sondert Scherer S. 316 die aufhebenden von den bestätigenden letztinstanzlichen Erkenntnissen aus der bisherigen Praxis." Hierzu bemerke ich: In Zachariä, Handbuch des Franz. Civilrechts, 6. Aufl. (Puchelt) Bd. 1 § 39 Anm. 13 S. 97 heißt es: „In Beziehung auf den Gerichtsgebrauch und die Wissenschaft sind folgende Unterschiede bemerkenswerth: 1) Ein Urtheil, welches einen pourvoi en cassation verwirft, ist nicht von demselben Gewichte, wie ein Urtheil, das das angefochtene kassirt." Ich bin dieser Ansicht Zachariä's, welche seit 1845 nicht beanstandet wurde, gefolgt.

II. Ferner heißt es auf S. 353 letzter Absatz: „. . . findet man andererseits in viel größerem Umfange belanglose und entbehrliche Entscheidungen, ja selbst solche, deren Zusammenhang mit dem Paragraphen des Gesetzbuches, bei dem sie citirt werden, nur mit Mühe oder überhaupt nicht errathen werden kann. Was soll z. B. bei § 138 die langathmige Auseinandersetzung darüber, inwieweit die Frau von dem Manne getrennt zu leben berechtigt sei, S. 269 ff.?" Hierzu bemerke ich:

1) Die Ausführungen zu § 138 beginnen S. 262 wie folgt: Nr. 1. — Entstehungsgeschichte des § 138. Im Entwurf II und III lautete der Paragraph: „§ 103. Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig." Es wurde sonach der Begriff der öffentlichen Ordnung, wenngleich in anderen Rechtsgebieten unentbehrlich, hier ausgeschieden, da ihm eine sichere Umgrenzung fehle und die gegen die öffentliche Ordnung verstoßenden Rechtsgeschäfte zumeist auch als gegen die Rechtsordnung oder gegen die Gesetze der guten Sitten gerichtet anzusehen sein würden.

Ferner findet sich unter den von mir mitgetheilten Entscheidungen des Reichsgerichts S. 270 c folgendes Urtheil des Reichsgerichts (Rheinischer Senat). „Die Vereinbarung der Ehegatten auf Getrenntwohnen verstößt gegen die öffentliche Ordnung".

Weiter S. 269 a ein Urtheil des IV. Civilsenats (Pr. L.R.), welches die Bemerkung enthält (Oeffentliches Interesse). Ich folgte der Auffassung des Reichsgerichts, wenn ich in dem Getrenntleben der Eheleute einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten erblickte. Dies geht aus meinem Werk selbst hervor.

2) Zur Abwehr des Vorwurfs „langathmig" bemerke ich: Meine diesbezüglichen Ausführungen S. 271 d umfassen 16 Zeilen. Diesen gehen ca. 24 Entscheidungen des Reichsgerichts aus den Gebieten a) des Preußischen Landrechts, b) des gemeinen Rechts und c) des Rheinischen Rechts auf ca. 1½ Seiten voraus, sodaß durchschnittlich auf die Entscheidung 3 Zeilen kommen.

3) Zum Wort „belanglos". Ueber die Frage existirt zwar keine Abhandlung, aber sie veranlaßte 24 Reichsgerichtsentscheidungen in ca. 18 Jahren. Dieselben sind fast alle in den Zeitschriften hervorragender Praktiker veröffentlicht.

III. Betr. das Spielen in auswärtigen Lotterien ist das Landesstrafrecht nach Art. 34 des Einführungsgesetzes des Bürgerlichen Gesetzbuches in keiner Weise eingeschränkt worden.

Digitized by Google

7.

Welche Stellung ist in dem zu erwartenden Versicherungsgesetze den Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit zu gewähren?

Von Professor **Dr. Weyl** in Kiel.

I.

Obigen Wortlaut hatte die dritte der fünf Fragen, mit welchen sich programmgemäß die erste Abtheilung des 24. Juristentages (Posen, den 12.—14. September 1898) beschäftigen sollte.

Nachdem ein Gutachten zu dieser Frage aus der Feder von Professor Dr. Viktor Ehrenberg in Göttingen bereits in Bd. I der Verhandlungen des 24. Juristentages (Berlin, Guttentag 1897, S. 63—89) erschienen war, wurde mir Mitte Juli 1898 das Referat über dieses Thema anvertraut. Indessen nahmen gerade in der ersten Abtheilung drei andere Fragen (nach dem Schutze der Bauhandwerker durch eine vom Unternehmer zu bestellende Sicherheit, nach dem örtlichen Rechte der Vertragsobligationen im internationalen Privatrecht und nach der Verfolgbarkeit des dinglichen Rechtes auch gegen den mittelbaren Besitzer) die Zeit so stark in Anspruch, daß mein Referat und das über die fünfte Frage (nach den Verhältnissen der Bestimmungen des B. G.B. zu den landesrechtlichen Vorschriften über den Adelsnamen) nicht mehr erstattet werden konnte.[1])

Nun hatte ich aber die Thesen, welche ich zu verfechten gedachte, in gedruckter Form auf dem Tische des Hauses niedergelegt, und so ist es geschehen, daß man sich mit diesen Thesen inzwischen litterarisch be-

[1]) Vergl. den inzwischen (Ende 1898) erschienenen Bd. 4 („Verhandlungen") der Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages (Berlin, Guttentag 1898) S. 142, 350.

Digitized by Google

schäftigte und — sie in vielen Punkten mißverstanden hat, was ja, da eine „authentische Interpretation" nicht vorlag, auch nicht Wunder nehmen kann. Um nun aber zu vermeiden, daß diese Mißverständnisse fortleben, daß aus meinem Stillschweigen das Einverständniß mit jener irrigen Auffassung gefolgert wird und daß gar weitere Mißverständnisse sich hinzugesellen, und endlich, um dem von mehreren Seiten[2]) geäußerten Wunsche Folge zu leisten, bringe ich nachstehend (unter II) mein Referat zum Abdrucke und zwar völlig unverändert und nur durch einige Anmerkungen ergänzt, in denen die erforderlichen Nachweise aus der Judikatur, den gesetzgeberischen Vorarbeiten und der Litteratur enthalten sind, letztere auch zugleich auf die Neuerscheinungen der Zwischenzeit ausgedehnt. Dem soll sich dann (unter III) die Berichtigung der angedeuteten Mißverständnisse anschließen und ferner (unter IV) ein kritischer Vergleich meiner Thesen mit dem kürzlich (Reichsanzeiger vom 26. November 1898 Nr. 280, Beilage I und II) publizirten „Entwurfe eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen" und einige weitere Bemerkungen zu diesem Entwurfe.

II.

Während die sozialpolitische Versicherung der Arbeiter gegen die Gefahren der Krankheiten, der Unfälle, des Alters und der Invalidität nicht nur in Deutschland, sondern nach dessen epochemachendem, ruhmreichem Vorgange auch schon in vielen anderen europäischen Staaten ein Lieblingskind der Gesetzgebung geworden ist,[3]) wurde die private Versicherung gegen die Schäden an Gütern oder Personen von der modernen Gesetzgebung mehr stiefmütterlich behandelt. In Deutschland zumal ist, wenn wir die Seeversicherung außer Betracht lassen, die Schaffung eines Reichsversicherungsrechts in diesem Sinne, nämlich

[2]) Vergl. auch die Bemerkung Sawwer's auf S. 342 a. A. (343 a. E.) des unten sub III zu erwähnenden Aufsatzes.

[3]) Vergl. dazu bis 1895 Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts (Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherungsrecht), Leipzig 1894, § 20 S. 78ff. und auch Weyl, Die Entwickelung und die Grundlagen der Arbeiterversicherung (Jahrg. V Nr. 1—4 der Zeitschrift „Die Invaliditäts- und Altersversicherung in Deutschland", herausgegeben von Zeller, Mainz 1894 1895, S. 28 Anm. 1 bis 9, sowie Weyl, Privatversicherung und Arbeiterversicherung (in Baumgartner's Zeitschrift für Versicherungsrecht und -wissenschaft Bd. I, Straßburg i. E. 1895, S. 223ff.) S. 223 Anm. 2.

Digitized by Google

im Sinne einer gleichmäßigen, centralen Regelung der privatrechtlichen Versicherung, trotz der günstigen Gelegenheit, welche sich bei Zustandekommen und Revision des Handelsgesetzbuchs und bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs geboten hätte, vorläufig erst in das Stadium des Projektes gerückt worden.

Innerhalb der bisherigen gesetzgeberischen Erzeugnisse und Versuche über das Privatversicherungswesen ist es nun wieder die Versicherung auf Gegenseitigkeit, welche sich mit der bescheidenen Rolle eines Aschenbrödels begnügen mußte und neben der älteren Schwester, der Versicherung gegen Prämie, bisweilen ganz unbeachtet blieb. So findet sich die Versicherung auf Gegenseitigkeit z. B. im Preußischen Landrecht, welches doch in Th. II Tit. 8 §§ 1934—2358 nicht weniger als 425 Paragraphen dem Versicherungswesen widmet, mit keinem Worte erwähnt; ebensowenig in dem Roelli'schen Entwurfe zu einem schweizerischen Bundesgesetze über den Versicherungsvertrag, der nebst Motiven und Erläuterungen 1896 zu Bern im Drucke erschien; und ähnlich wird in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, der 1861 zu München veröffentlicht wurde, sowie in Otto Baehr's Entwurfe zu einem Versicherungsgesetze, welcher in Bd. 7 des Archivs für bürgerliches Recht, Berlin 1893, abgedruckt ist, die Versicherung auf Gegenseitigkeit nur mit einigen ganz kurzen Vorschriften abgethan, in dem bayerischen Entwurfe mit den Artikeln 828 und 829, im Baehr'schen Entwurfe mit § 2 Abs. II. Eingehender ist dagegen der Entwurf des Preußischen Geheimen Regierungsraths L. Jacobi in seinen Beiträgen zur Gesetzgebung über das Versicherungswesen im Allgemeinen und das Feuerversicherungswesen insbesondere (Zeitschrift des Preußischen statistischen Bureaus, herausgegeben von Engel, Ergänzungsheft II, Berlin 1869, S. 18 ff.), insbesondere §§ 5—11 S. 19 f.

Nicht viel günstiger ist die Versicherung auf Gegenseitigkeit in der deutschen Litteratur[4]) bedacht worden. Sehen wir von den knappen Bemerkungen in den Lehrbüchern des Privat- und Handelsrechts ab, so sind von deutschen Autoren, welche der Versicherung auf Gegenseitigkeit eine gründlichere Erörterung gewidmet haben, außer

[4]) Aus der Judikatur vergl. insbesondere die Entsch. d. Reichsger. in Civilsachen Bd. 4 (1881) Nr. 111 S. 394 ff., Bd. 11 (1884) Nr. 35 S. 178 ff., Bd. 15 (1885) Nr. 58 S. 235 f.

Digitized by Google

Ehrenberg und Lewis in den betreffenden Abschnitten ihrer Lehrbücher[5]) nur zu nennen: Paul Bütow, der Verfasser einer Berliner Inauguraldissertation vom Jahre 1883 über „die Versicherung auf Gegenseitigkeit"; Otto Lehner, der Verfasser einer Tübinger Inauguraldissertation[6]) vom Jahre 1897 über „Die rechtliche Stellung der Mitglieder einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit"; Laband in einem auf einem konkreten Rechtsfalle aufgebauten Gutachten, das in Bd. 24 S. 66 ff. von Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht (1879) veröffentlicht worden ist, und Emminghaus, dessen „Aphorismen über die Gegenseitigkeitsgesellschaft" zuerst[7]) im Bulletin du comité permanent des congrès internationaux d'actuaires. Bruxelles 1897, II p. 18—25 erschien.[8]) — In deutscher Sprache geschrieben ist zwar auch ein Aufsatz des bekannten Universitätsprofessors Cesare Vivante zu Bologna in Bd. I von Baumgartner's Zeitschrift für Versicherungsrecht und -wissenschaft, Straßburg 1895; aber dieser Aufsatz nimmt wesentlich Bezug auf das spezifisch italienische Versicherungsrecht und geht daher z. B. von der meines Erachtens für das künftige deutsche Versicherungsrecht unhaltbaren Voraussetzung aus, daß die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit wirklich Gesellschaften sind.

Denn das müssen wir uns sofort bei Beginn unserer heutigen Erörterungen klar machen, weil es für die Einzelheiten von größter Tragweite ist, daß die Versicherungsgesellschaften trotz ihres Namens ebensowenig als „Gesellschaften" in des Wortes juristischer Bedeutung aufgefaßt werden können,[9]) wie etwa der sogenannte „Mundraub" ein

[5]) Ehrenberg, Versicherungsrecht Bd. I, Leipzig 1893; Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts, Stuttgart 1889.

[6]) Erschienen in Stuttgart (bei Liebich).

[7]) Nochmals abgedruckt in Mujus' Rundschau, Neue Folge Jahrg. 10, Leipzig 1898, S. 3—10.

[8]) Neuestens vergl. auch Bovens in der „Juristentagsnummer" der deutschen Juristenzeitung (herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub), Jahrg. III Nr. 18/19 (vom 1. September 1898) S. 369—372, sowie Boedicker, Die Reichsversicherungsgesetzgebung (in den staats- und sozialwissenschaftlichen Forschungen, herausgegeben von Schmoller, Bd. 16 Heft 4, Leipzig 1898, von S. 33 ab).

[9]) Ebenso nach der Auffassung der französischen Jurisprudenz. Vergl. Ladenburg in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 13 (1869) S. 181 über Pardessus, cours de droit commercial Nr. 970.

Digitized by Google

wirklicher „Raub" ist oder der sogenannte „Gutsbesitzer" lediglich ein „Besitzer" im technischen Sinne. Der Sozietätsbegriff — selbst mit der vom Bürgerlichen Gesetzbuche beliebten Hereinmischung deutschrechtlicher, auf der Idee der Gesammthandverhältnisse beruhender Ingredienzien[10]) — muß für die Versicherung auf Gegenseitigkeit abgelehnt werden, weil er nach keiner Richtung zutrifft: weder das Prinzip gemeinschaftlicher Geschäftsführung bei der Sozietät, noch die prinzipielle Gleichheit der Beitragshöhe, noch die grundsätzliche Abhängigkeit der Gesellschaft vom Personenbestande der Mitglieder finden sich bei den Versicherungsgesellschaften, vor Allem aber nicht die Existenz gegenseitiger Rechtsbeziehungen der Mitglieder unter einander.

Wie werden wir die Gegenseitigkeitsgesellschaften also zu rubriziren haben? Zweifellos unter die „Korporationen" oder, um mit dem B. G. B. zu sprechen, unter die „Vereine", sofern und soweit nicht im Einzelfalle eine Gesellschaft wegen ihrer besonderen Struktur ins Handelsrecht gehört, weil sie nämlich auch mit dritten Personen, mit Nichtmitgliedern, Verträge auf Versicherung gegen Prämie eingeht und weil sie etwa das Gewand der Aktiengesellschaft trägt. Dann beurtheilen sich die einschlägigen Fragen eben nach dem Handelsgesetzbuche, und das künftige Reichsversicherungsgesetz ist also nicht genöthigt, zu diesen Spezialfällen Stellung zu nehmen. Ebensowenig, wenn und soweit eine Gegenseitigkeitsgesellschaft sich als Genossenschaft[11]) oder als Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder als Hülfskasse charakterisirt. — Zweckmäßig dürfte es allerdings sein, in dem künftigen Gesetze auf diese Möglichkeit der Mischbildungen hinzuweisen und in einem einleitenden Paragraphen etwa zu sagen:

> Für Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit gelten, soweit auf sie nicht das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, das Gesetz über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, das Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 und das Gesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen vom 7. April 1876 und

[10]) Vergl. Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker Bd. I (München, Beck 1898) S. 480.

[11]) Ueber Gegenseitigkeitsgesellschaften als eingetragene Genossenschaften vergl. Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. I (Berlin 1868) S. 1049 ff., Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung (Berlin 1897) S. 295 (S. 71 72).

Digitized by Google

1. Juni 1884 Anwendung finden, die nachfolgenden Bestimmungen.

Halten wir also daran fest, daß unsere Gesellschaften im Allgemeinen als „Vereine" im Sinne des B. G. B. zu betrachten sind. Innerhalb der Vereine unterscheidet das B. G. B. nun bekanntlich[12]) zwei Arten, nämlich die eintragungsbedürftigen und die konzessionsbedürftigen, je nach der zu Grunde liegenden Tendenz, ob diese „idealer" Natur ist oder sich auf einen „wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb" richtet. Bei den Versicherungsgesellschaften ist zweifellos eine ideale Tendenz — nämlich eine künstlerische, wissenschaftliche, gesellige oder wohlthätige und auch nur eine rein gemeinnützige Tendenz — nicht vorhanden, wie auch eine gelegentliche Bemerkung der Kommissionsprotokolle I S. 499 bestätigt; es wird vielmehr ein „wirthschaftlicher Geschäftsbetrieb" intendirt. Denn „wirthschaftlicher Geschäftsbetrieb" ist nicht zu verwechseln mit „Gewerbebetrieb" oder mit „Handelsgewerbe". Haben wir es also mit einem „wirthschaftlichen Geschäftsbetriebe" zu thun, so folgt daraus weiter, daß für unsere Gesellschaften § 22 des B. G. B. grundlegend ist:[13]) sie erlangen Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Freilich greift diese Norm des § 22 nur Platz „in Ermangelung reichsgesetzlicher Vorschriften", und es fragt sich darum, ob das geplante Reichsversicherungsgesetz dieser Klausel entsprechend die Konzessionsfrage einheitlich regeln soll, beispielsweise vielleicht im Sinne des „Systems der Normativbestimmungen", welches außer anderen naheliegenden Vorzügen den bieten würde, daß nunmehr Uebereinstimmung bestände für unsere konzessionsbedürftigen Versicherungsgesellschaften des bürgerlichen Rechts und für die Versicherungsgesellschaften — Versicherungsaktiengesellschaften — des Handelsrechts[14]) sowie auch für Versicherungsgesellschaften überhaupt und für die Vereine mit idealen Tendenzen, die nach B. G. B. §§ 55 ff. gleichfalls dem System der Normativbestimmungen unterliegen.

Doch dürfte es rathsam sein, diese Frage — ob nämlich ein geplantes Versicherungsunternehmen die Konzession erhalten soll oder

[12]) Vergl. auch Weyl, Vorträge S. 159 ff.

[13]) Diese Ansicht vertritt übrigens auch Bovens a. a. O. S. 370 Spalte 1.

[14]) Vergl. jetzt Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 §§ 182 ff. und dazu beispielsweise Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Aufl. (Stuttgart 1898) S. 602 sub 3c; Garcis, Handelsrecht, 6. Aufl. (Berlin 1899) S. 272.

Digitized by Google

nicht — aus dem Kreise unserer heutigen Betrachtungen ganz auszuschließen und zwar aus doppeltem Grunde: erstens betrifft sie nicht sowohl die privatrechtliche, wie die öffentlichrechtliche, nämlich verwaltungsrechtliche Seite des Versicherungsrechts[15]) — daher wird die Regelung dieser Angelegenheit ebenso wie beim bürgerlichen Gesetzbuche lieber den Einzelstaaten überlassen bleiben und wir werden bei einem so umfangreichen Thema wie dem vorliegenden jedenfalls besser thun, nur diejenigen Fragen zu untersuchen, deren Erörterung im künftigen Reichsversicherungsgesetze unbedingt zu erwarten steht —; zweitens aber werden wir diese Frage ausscheiden müssen, weil sie auch wegen der Versicherung gegen Prämie zu prüfen wäre, mithin, sofern sie überhaupt in das künftige Gesetz aufgenommen werden soll, in dessen allgemeinen Theil gehört. Denn wenn ich unser Thema richtig verstehe, so soll es nur das erörtern, was im besonderen Theile des Gesetzes speziell wegen der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit zu sagen wäre. Dahin gehört aber die Konzessionswürdigkeit nicht. Was hier etwa an Sondervorschriften für die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit empfehlenswerth wäre — z. B. wegen des Reservefonds und anderer finanzieller Garantien und wegen des obligatorischen Statuteninhalts — das kann, weil es eben ins öffentliche Recht gehört oder mindestens in das Grenzgebiet des öffentlichen und des Privatrechts hineinragt, hier nicht einmal gestreift werden. Wen diese Punkte interessiren, der findet dafür Anregung z. B. in Ehrenberg's Versicherungsrecht, in der bereits erwähnten Dissertation von Bütow und auch in der über die Lebensversicherung in Deutschland handelnden Hallenser Habilitationsschrift[16]) des späteren Königsberger und Breslauer Universitätsprofessors und jetzigen vortragenden Rathes im Preußischen Kultusministerium, Dr. Elster. An Gesetzen bezw. gesetzgeberischen Vorarbeiten, welche sich über die in Rede stehenden Punkte eingehender äußern, nenne ich den 1868 zur Vorlage, aber nicht zur Verabschiedung gelangten Entwurf eines Preuß. Gesetzes betr. den Geschäfts-

[15]) Vergl. ähnlich die Bemerkungen von E. v. W. über das Privatversicherungswesen in Schmoller's Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft Jahrg. 22 Heft 3, Leipzig 1898, S. 144 f., der (vergl. S. 146) sich einer genaueren Besprechung der Regelung unserer Frage allerdings enthält.

[16]) Jena (Fischer) 1880.

Digitized by Google

verkehr der Versicherungs-Anstalten,[17]) ferner z. B. eine französische Verordnung vom 22. Januar 1868 und eine österreichische Verordnung vom 8. August 1880, welche sich in Goldschmidt's Zeitschrift im Beilageheft zu Bd. 12 S. 135 ff. bezw. in Bd. 27 S. 216 ff. abgedruckt finden.

Ein anderer Punkt wäre die eigentliche Organisation der Gesellschaften. Hier kann ich auf das Material verweisen, welches bei Ehrenberg, Bütow und Elster, sowie in den erwähnten Gesetzesentwürfen und Gesetzen[18]) geboten wird, und zwar um so eher, als die eigentliche Organisation eines Vereins bereits im B. G. B. §§ 23 ff. geregelt ist und wohl nur vereinzelt das Bedürfniß zu Abweichungen von denjenigen Normen gegeben sein wird, welche dem Gesetzgeber für alle Vereine — auch für die mit idealen Tendenzen — angebracht erschienen. So wird das künftige Versicherungsgesetz schweigen dürfen über den Sitz der Versicherungsgesellschaften (B. G. B. § 24), über die Bedeutung der Vereinssatzung als Grundlage der Vereinsverfassung (B. G. B. § 25), über den Vereinsvorstand, seine Kompetenz, seine Bestellung und Geschäftsführung (B. G. B. §§ 26—31). Ebenso kann es sein Bewenden behalten bei den Vorschriften des B. G. B. (§§ 42—53) über die Wirkungen der Konkurseröffnung, über die Entziehung der Rechtsfähigkeit und über die Liquidation. Hingegen dürften als unentbehrlich gelten positive Vorschriften über diejenigen Organe, welche außer dem Vereinsvorstande und der Mitgliederversammlung bei Verwaltung der Angelegenheiten einer Gegenseitigkeitsgesellschaft mitzuwirken haben: auch wegen dieser Organe, für welche zur Zeit die Namen Aufsichtsrath oder Verwaltungsrath zu begegnen pflegen, muß ich mich jedoch mit dem Hinweise auf Ehrenberg und die anderen Schriftsteller und auf die bereits mehrfach genannten legislatorischen Arbeiten begnügen.

Der besonderen Betrachtung mit Rücksicht auf die Gegenseitigkeitsgesellschaften bedürfen dagegen die Vorschriften des B. G. B. §§ 32 bis 40, welche die Befugnisse der Mitglieder, also die Rechts-

[17]) Drucksachen des Hauses der Abgeordneten, 10. Legislaturperiode, 2. Session 1868 Bd. 3 Nr. 256, Berlin 1869, insbesondere Art. VI.

[18]) Ehrenberg §§ 13 f. S. 115—128, Bütow § 5 S. 42 ff., Elster S. 100 ff., Französ. Verordnung Art. 14—24, Oesterr. Verordnung § 5 insbesondere Nr. 2 und 3.

Digitized by Google

verhältnisse des Vereins nach innen besprechen. Diese Paragraphen oder ein Theil von ihnen sind es denn auch, mit denen sich der Göttinger Gelehrte Professor Dr. Viktor Ehrenberg in seinem (bereits erwähnten) Gutachten zu unserer Frage beschäftigt und desgl. der Direktor der Gothaischen Lebensversicherungsbank für Deutschland, Dr. Karl Sammer in seiner Besprechung des Ehrenberg'schen Gutachtens. Das Ehrenberg'sche Gutachten, welches sich vielfach sehr eng an die Ausführungen in Ehrenberg's Versicherungsrecht anschließt, ist (wie schon bemerkt) abgedruckt in dem 1897 erschienenen Bd. I No. II der Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages (S. 63—89); die Sammer'sche Studie findet sich in Majus' Rundschau 1897 Heft 6 7 S. 175—185. Uebrigens existirt zu unserm Thema außer dem Ehrenberg'schen Gutachten und den Sammer'schen Bemerkungen noch ein Gutachten von dem Herausgeber der „Zeitschrift für Versicherungswesen", Herrn E. Neumann,[19]) das aber für unsere Erörterungen ganz außer Betracht bleibt, weil es sich mit der programmmäßigen Frage gar nicht beschäftigt, sondern über die Versicherungsgesellschaften überhaupt und über die öffentlich-rechtliche Seite des Versicherungswesens im Allgemeinen äußert.

Unsere Aufgabe wird sich also darauf beschränken, die innere Seite der Rechtsverhältnisse bei Gegenseitigkeitsgesellschaften ins Auge zu fassen und unter kritischer Beleuchtung der Bemerkungen von Ehrenberg und Sammer die §§ 32 ff. des B. G.B. auf ihre Anwendbarkeit bei Gegenseitigkeitsgesellschaften zu prüfen.

Was nun diese innere Seite betrifft, so nimmt hier zweifellos den breitesten Platz die von Ehrenberg und Sammer erörterte Frage nach den Sonderrechten der Gesellschaftsmitglieder ein. Daß unter ihnen solche Rechte zu verstehen sind, welche, wie Ehrenberg sich ausdrückt, nur mit Zustimmung des Berechtigten beeinträchtigt werden dürfen, kann keinem Zweifel unterliegen. Aber diese Definition zum Gegenstande eines besonderen Gesetzesartikels zu machen, wie es Ehrenberg thut, halte ich nicht für nothwendig. Denn sie versteht sich doch wohl von selbst und auch das künftige Versicherungsgesetz wird

[19]) E. Neumann, Welche Stellung ist in dem zu erwartenden Versicherungsgesetze den Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit zu gewähren? Als Manuskript gedruckt in der Kgl. Hofbuchdruckerei von Mittler & Sohn, Berlin, 91 Seiten.

Digitized by Google

gut thun, gleich dem B. G.B. die überflüssigen Definitionen zu vermeiden: daß das B. G.B. selber in seinen Vorschriften über die Vereine eine derartige Definition nicht enthält, dürfte als Probe für ihre Entbehrlichkeit gelten. Wenn man aber für alle Fälle den Begriff des Sonderrechts auch im Gesetze klar stellen will, mag man die andere Methode des Definirens wählen, welche das B. G.B. nicht weniger als 75 Mal[20]) verwendet, nämlich die Verwertung einer Klammer nach Einflechtung des definirten Begriffes in die Rechtsnorm.

Entbehrlich erscheint mir auch der nächste Artikel des Ehrenberg'schen Gutachtens, weil er lediglich die selbstverständliche Thatsache konstatirt, daß gegen Eingriffe in die Sonderrechte der Mitglieder gewisse Rechtsbehelfe offenstehen. Ich würde also diesem Artikel lieber keine Aufnahme bewilligen, zumal auch Ehrenberg selbst auf ihn nicht großes Gewicht legt.

Dasselbe möchte ich, aus den gleichen Gründen, vom ersten Satze in Art. 3 des Ehrenberg'schen Gutachtens behaupten, während Satz 2 etwas Neues und, da man es inhaltlich als richtig erachten wird, etwas der Aufnahme ins Gesetz Werthes enthält.

Unbedingt beipflichten darf man ferner dem Art. 4, der für den Fall einer „Zerlegung der Satzung in Statut und Versicherungsbedingungen" (Ehrenberg S. 77) auch letztere zu einem unantastbaren oder doch wenigstens nicht ohne Zustimmung der Versicherten antastbaren Sonderrechte macht.

Für Art. 5 tritt Ehrenberg selber nicht mit voller Schärfe ein. Nur wenn man einer späteren Abänderung der Organisation im Sinne einer Schmälerung der Befugnisse der Mitgliederversammlung bei der Lebensversicherung im Besonderen einen Riegel vorschieben zu müssen glaubt, weil hier die Betheiligung der Mitglieder an der Verwaltung zu den Sonderrechten gehört, nur dann wird man Art. 5 in das künftige Gesetz einstellen. Wenn man jedoch mit Ehrenberg selber die Gefahr einer Kränkung dieser Sonderrechte nicht für vorhanden erachtet, weil ja die erwähnte Statutenänderung einen Beschluß der Mitgliedermehrheit voraussetzt, wird man Art. 5 ruhig fallen lassen, und um so lieber, wenn man weiterhin mit Sammer (S. 181) in Erwägung zieht, daß die Gesellschaft vielleicht thatsächlich gar nicht

[20]) Vergl. Weyl, Vorträge S. 92 ff.

Digitized by Google

mehr in der Lage ist, die statutenmäßige Mitgliederversammlung abzuhalten.

Art. 6 ist zwar sehr wichtig, bedarf aber nicht der Aufnahme in das Gesetz, da er schon im B. G. B. § 33 Abs. I enthalten ist, wo noch der auch für die Gegenseitigkeitsgesellschaft wichtige Zusatz steht, daß die Zustimmung der nicht erschienenen Vereinsmitglieder schriftlich erfolgen muß, sodaß also die Schriftlichkeit der Konsenserklärung erforderlich, aber auch — nach B. G. B. § 32 Abs. II — genügend ist.

Sehr wichtig und auch von Ehrenberg an den Anfang seiner Erörterungen gestellt ist nun die im Art. 7 behandelte Frage. Ehrenberg motivirt seinen Vorschlag damit, daß alle Mitglieder ein unmittelbar auf Rechtssatz beruhendes Recht auf gleiche Behandlung haben und daß von diesem Grundsatze Ausnahmen nur in zweifacher Richtung statthaft sind: einmal wegen Verschiedenartigkeit des Risikos und diesbezüglicher Eintheilung der Mitglieder in verschiedene Gefahrenklassen und sodann, weil den Vorrechten des einen Theiles der Mitglieder entsprechende Gegenleistungen gegenüberstehen. Die Vorrechte — z. B. der Prämienrabatt, den nur diese Gruppe der Mitglieder oder nur sie in dieser Höhe erhält — stehen dann also in einem synallagmatischen Verhältnisse zu gewissen Mehrleistungen gerade dieser Gruppe, die auf ein Geldinteresse hinauslaufen. Das Beispiel, das Ehrenberg bildet, geht dahin, daß durch Eintritt eines ganzen Verbandes in die Gesellschaft, z. B. des Verbandes sämmtlicher Zuckerfabrikanten des Bezirkes, die Verwaltungskosten relativ verringert werden oder daß dieser Verband gewisse Aufgaben auf seine Schultern nimmt, wie die statistischen Arbeiten, die Schadensfeststellung u. dergl.

Art. 8 des Ehrenberg'schen Gutachtens schützt den Versicherungsanspruch der Mitglieder gegen nachträgliche Angriffe, welche sich hinter der Maske einer Statutenänderung verstecken. Schutzbedürftig sind nicht bloß die bereits effektiv gewordenen Ansprüche, z. B. der Anspruch auf die Ersatzsumme für das verhagelte Getreide oder der Anspruch der Wittwe auf das beim Tode ihres Ehemannes zahlbare Kapital, sondern ebenso sehr diejenigen Ansprüche, derentwegen einstweilen nur eine „Anwartschaft" besteht. Von einer solchen kann aber eigentlich nur die Rede sein bei der Lebensversicherung, nicht bei den anderen Versicherungsarten, wie Feuerversicherung, Hagelversicherung, Unfallversicherung. Denn hier steht ja der Eintritt des Versicherungsfalles

Digitized by Google

— des Feuers u. s. w. — nicht so bestimmt in Aussicht wie bei der Lebensversicherung der Todesfall und wie bei der Versicherung auf den Erlebensfall die Erreichung der betreffenden Altersstufe. Deshalb schließt Ehrenberg im dritten Absatze für die Lebensversicherungsgesellschaften die Bestimmungen des zweiten Absatzes aus. — In diesem zweiten Absatze beleuchtet Ehrenberg die nachträgliche Verkürzung der Ansprüche aller Mitglieder; er erklärt es für statthaft, daß eine solche Kürzung im Statute vorgesehen und dann wirklich in Szene gesetzt wird; er giebt ihr aber Einfluß nur von Ablauf einer gewissen Frist ab, während welcher sich die Versicherten nach einer anderen Gesellschaft umsehen könnten, und unter Vorbehalt eines Austrittsrechtes der dissentirenden Mitglieder. — Mit diesem zweiten Absatze und ebenso natürlich auch mit dem ersten erklärt sich auch Samwer (184/185) einverstanden, dagegen nicht (S. 185) mit dem dritten Absatze. Er plädirt auch bei Lebensversicherungen nicht für völligen Ausschluß des Rechtes zu verhältnißmäßiger Reduktion der Versicherungssummen, sondern für Reduktion nach einem gerechten und daher die älteren Mitglieder nicht unverhältnißmäßig schwerer benachtheiligendem Maßstabe; diesen gerechten Maßstab aber erblickt Samwer in der Prämienreserve, und hierin wird man ihm wohl zustimmen dürfen.

Ein ähnliches Austrittsrecht wie Art. 8 Abs. II, ein Austrittsrecht unter Fortbestand der Versicherung nach den bisherigen Bedingungen, sieht zu Gunsten der dissentirenden Mitglieder Art. 9 des Ehrenberg'schen Entwurfes vor für den Fall einer Statutenänderung, durch welche die Gefahr für die Gesellschaft, also mittelbar auch die pekuniäre Belastung der Mitglieder wesentlich vergrößert wird. Die Zulässigkeit einer solchen Statutenänderung an sich hält Ehrenberg S. 84 mit Recht für unvermeidlich; vom geschäftlichen Standpunkte der Gesellschaft aus wird sie unter Umständen geboten sein und dann muß Majorisirung der Minderzahl durch die Mehrzahl der Mitglieder zulässig sein. Im Uebrigen ist mit Ehrenberg Art. 9 Abs. I für Verschärfung der Pflichten der Mitglieder an der Einstimmigkeit festzuhalten. — Samwer (S. 182/183) will den im Art. 9 Abs. I enthaltenen Gedanken eingeschränkt wissen auf Prämienerhöhung für bereits bestehende Versicherungen und auf Erweiterung der bestehenden Nachschußpflicht. Von der generellen Fassung dieses Gedankens, wie sie Ehrenberg

Digitized by Google

giebt, befürchtet er ungünstigen Einfluß auf die Entwickelungsfähigkeit der Gesellschaften, weil es — wegen des Requisites der Einstimmigkeit — der Gesellschaft zumeist unmöglich gemacht werden würde, eine durch die Bedürfnisse des Lebens und die Konkurrenz der Gesellschaften vielleicht gebotene Erweiterung der Rechte der Versicherungsnehmer unter entsprechender Vermehrung ihrer Pflichten einzuführen. Ich glaube, man wird sich diesen Bedenken Samwer's in der That anschließen müssen. — Zu Abs. II bemerkt Samwer, daß statt der von Ehrenberg für das Inkrafttreten der Statutenänderung vorgeschlagenen dreimonatlichen Maximalfrist von der Beschlußfassung ab besser eine Monatsfrist gewählt werde, welche mit der öffentlichen Bekanntmachung der neuen Vorschrift zu beginnen habe, weil die Regierung vielleicht noch einige Zeit mit der Genehmigung der Statutenänderung zögern könnte. Auch dieser Vorschlag Samwer's erscheint wohl einleuchtend.

Art. 10 wird von Samwer S. 184 bekämpft. Es handelt sich um die Verwendung des Ueberschusses, welcher sich nach Schluß des Geschäftsjahres zwischen den im Voraus eingezahlten und wirklich verbrauchten Mitgliederbeiträgen ergiebt, um die sog. Dividende. Ihre Verwendung zu anderen Zwecken als zur Vertheilung unter die Mitglieder soll nach Ehrenberg's Ansicht im Allgemeinen nur auf einstimmigen Willen aller Mitglieder erfolgen dürfen, nach Samwer auch durch Verwaltungsmaßregeln des Vorstandes oder Aufsichtsrathes, dem es z. B. auch gestattet sein müsse, aus den Dividenden einen Pensionsfonds für Gesellschaftsbeamte zu dotiren, nicht bloß, wie auch Ehrenberg zugiebt, den Reservefonds der Gesellschaft. Meines Erachtens geht die ganze Frage in die andere Frage auf, welche Kompetenz den Gesellschaftsorganen eingeräumt werden soll, und da sich diese Frage wiederum nach Maßgabe des Statuts beantwortet, so ist das Resultat, zu welchem Ehrenberg im Art. 10 gelangt, gegen Samwer aufrecht zu erhalten.

Art. 11 und 12 behandeln die Beendigung des Gesellschafts- und Versicherungsverhältnisses, deren Zusammentreffen das Eigenthümliche der Beziehungen der Gesellschaftsmitglieder zur Gesellschaft bilden. Art. 11 im besonderen faßt die Beendigung seitens der Gesellschaft ins Auge, Art. 12 die Beendigung seitens des Mitgliedes.

Hinsichtlich Beendigung seitens der Gesellschaft wird man mit Ehrenberg S. 72 annehmen dürfen, daß jede Versicherungs-

Digitized by Google

gesellschaft in der Lage sein muß, von Zeit zu Zeit ihren Mitgliederbestand zu sichten und die Weiterversicherung des Einzelnen zu verweigern; selbstverständlich ist sie ihm aber rechtzeitige Anzeige schuldig, es sei denn, daß, wie Samwer zutreffend einschaltet, eine Absicht der Weiterversicherung nicht zu vermuthen ist, wie bei der Unfallversicherung auf kurze Zeit. Auch für die Lebensversicherung, welche doch bis zum Lebensende des Versicherten dauern soll, wäre eine Ausnahme von der Bestimmung des Art. 11 Abs. II aufzunehmen. — Vor Ablauf der Versicherungszeit darf nach Art. 11 Abs. I die Gesellschaft nur aus besonderen Gründen kündigen, diese Exklusionsgründe müssen aber in den Statuten oder in den Versicherungsbedingungen aufgezählt sein und diese Aufzählung darf nur solche Gründe umfassen, welche das Gesetz für statthaft erklärt hat, welche also nach der Auffassung des Gesetzgebers nicht allzu stark das einseitige Interesse der Gesellschaft in den Vordergrund und das Interesse der Versicherungsnehmer in den Hintergrund stellen. — Was unter „Gesetz" zu verstehen sei, sagt Ehrenberg nicht. Ich meine, es wird dasselbe Gesetz sein, welches die gleiche Frage für die Prämienversicherungsinstitute behandelt, also entweder das künftige Reichsversicherungsgesetz in seinem allgemeinen Theile oder — was hier nicht genauer erörtert werden kann — vielleicht besser wegen des Zusammenhanges mit der Konzessionirungsfrage das Landesrecht. Jedenfalls bleibt aber für unser heutiges Thema dieser Punkt belanglos.

Das Austrittsrecht der Mitglieder und damit ihre Freizügkeit ist im Art. 12 an gewisse äußerliche Schranken gebunden. Im Allgemeinen wird man mit Art. 12 einverstanden sein dürfen. Samwer S. 179 äußert Bedenken gegenüber dem von Ehrenberg nicht eingehender motivirten Vorschlage des Abs. III, wonach Lebensversicherungsgesellschaften, wenn der Versicherungsnehmer die Versicherung aufgiebt, befugt sein sollen, gegen seinen Willen die Versicherung als Kapitalprämienversicherung aufrecht zu erhalten.

Ehrenberg's Schlußartikel 13 enthält lediglich eine Modifikation des bei Auflösung von Vereinen überhaupt im B. G.B. § 45 Abs. III für die Vertheilung des Restbestandes vorgesehenen Modus. Ehrenberg empfiehlt, daß hier nicht etwa Theilung nach Köpfen oder nach Maßgabe der Prämien eintreten solle, sondern Theilung nach Höhe der Versicherungssummen. Zu Gunsten dieses Vorschlages ist

Digitized by Google

zutreffend, daß er, wie Ehrenberg sagt, „dem verschiedenen Umfange des Interesses der Mitglieder und also der natürlichen Gerechtigkeit" entspricht; dagegen dürfte das zweite Argument nicht stichhaltig sein, daß bei Wahl eines anderen Vertheilungsmaßstabes möglicherweise eine Majorität aus egoistischen Gründen veranlaßt werden könnte, die Gesellschaft zur Auflösung zu bringen; denn diese Möglichkeit richtet sich doch, wie Samwer S. 180 zutreffend betont, nach den einstweilen noch unbekannten Bestimmungen unseres künftigen Versicherungsgesetzes bezw. nach den Bestimmungen des B. G. B. § 41 über die Beschlußfähigkeit der Mitgliederversammlung.

So viel war zu den Bestimmungen des B. G. B. über die konzessionsbedürftigen Vereine, zur Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf Gegenseitigkeitsgesellschaften und zu der Zweckmäßigkeit von Modifikationen auszuführen. Eine Zusammenfassung meiner Bemerkungen gegenüber dem Ehrenberg'schen Gutachten ergiebt, daß ich aus dessen Gesetzesartikeln die Artikel 1, 2, 5 und 6, sowie aus Art. 3 den Satz 1 gestrichen und daß ich die Artikel 8 Abs. III und 9 Abs. I und II zu Gunsten der Samwer'schen Korrekturen modifizirt wissen möchte, so daß ich nur mit folgenden Artikeln gänzlich einverstanden bin: Art. 3 Satz 2, Art. 4, 7, 8 Abs. I und II, 10, 11, 12 und 13. In rein äußerlicher Hinsicht möchte ich noch bemerken, daß die Bezeichnung der Normen mit „Paragraph" statt „Artikel" besser dem Gebrauche des B. G. B. und des neuen H. G. B. entspräche, und daß es sich empfehlen dürfte, im Gesetze selbst auf die prinzipielle Anwendbarkeit der Vorschriften des B. G. B. §§ 22—53 aufmerksam zu machen, am besten wohl durch einen entsprechenden Zusatz in demjenigen Paragraphen, den ich vorschlug, um auf die eventuelle Anwendbarkeit des H. G. B., das Genossenschaftsgesetz u. s. w. hinzuweisen.

Es fragt sich nun, ob die erwähnten Ehrenberg'schen Einzelvorschriften für die Regelung der Verhältnisse der Gegenseitigkeitsgesellschaften im künftigen Gesetze ausreichen würden.

In dieser Hinsicht hob ich bereits hervor, daß alle auf die Konzessionirungsfrage bezüglichen und mit ihr zusammenhängenden Punkte besser dem Landesrecht zu überlassen sind.

Was sodann den Beginn des Mitgliedschaftsverhältnisses — den Eintritt in die Gesellschaft — betrifft, so sind hier Sondervorschriften entbehrlich, weil er mit dem Abschlusse des Versicherungsvertrages

Digitized by Google

zusammenfällt und über diesen Vertragsschluß gemeinschaftliche Vorschriften für die Gegenseitigkeitsversicherung und die Prämienversicherung im allgemeinen Theile des Gesetzes enthalten sein müssen.

Eine völlig andere Frage ist die, ob das künftige Versicherungsgesetz den Gegenseitigkeitsgesellschaften Kaufmannseigenschaft bezw. ihren Geschäften den Charakter von Handelsgeschäften beilegen soll. Daß ohne positive Gesetzesvorschrift dieses Resultat nicht eintreten würde, ist klar, da bekanntlich einstweilen nach dem H.G.B. (vom 10. Mai 1897) § 1 II No. 3 nur die Uebernahme der Versicherung gegen Prämie als Handelsgewerbe gilt und da die Anwendbarkeit des H.G.B. § 2 nicht immer unbedenklich Platz greifen wird. Nun unterliegt es aber keinem Zweifel, daß die Ausdehnung der Kaufmannsqualität auf die Gegenseitigkeitsgesellschaften ein unbedingtes wirthschaftliches Bedürfniß ist, und diese Auffassung wird auch z. B. durch Bemerkungen in Goldschmidt's Grundriß[21]) S. 253, in Bähr's Entwurf (§ 2 Abs. II)[22]) und in der Denkschrift zum Entwurfe des neuen Handelsgesetzbuchs S. 11/12[23]) bestätigt.[24]) Freilich ist die praktische Tragweite dieser Angelegenheit nicht mehr so groß, seit der Differenzirungsprozeß, welcher früher zwischen Bürgerlichem Recht und Handelsrecht stattgefunden hatte, mit der Aufnahme der wichtigsten, allgemeinen, materiellrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen H.G.B. (von 1861) ins B.G.B. einem Unifizirungsprozesse Platz gemacht hat.[25]) Immerhin aber ist diese Vorschrift von eminenter Bedeutung, weil durch sie die formalen Vorschriften des H.G.B. über die Firma auf unsere Gesellschaften anwendbar werden, und nicht minder die Vorschriften des dritten Buches, welche Kaufmannsqualität bezw. daraus resultirende Qualität der Geschäfte als Handelsgeschäfte voraussetzen.

Die Formulirung der Vorschrift wird keine Schwierigkeit machen,[26])

[21]) Goldschmidt, Grundriß, 4. Aufl., Stuttgart 1892.

[22]) Ueber Bähr's Entwurf oben S. 295.

[23]) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstage gemachten Vorlage. Berlin (Guttentag) 1898.

[24]) Inzwischen übrigens auch von Bovens a. a. O. S. 370 sub 2.

[25]) Vergl. Weyl, Vorträge S. 316.

[26]) Sie wird sich weder Bähr § 2 II a. E. noch dem Gesetz vom 20. April 1892 über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 13 III anschließen dürfen.

Digitized by Google

sie wird sich dem H.G.B. vom 10. Mai 1897[27]) anschließen und dahin lauten müssen:

„Der Betrieb der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit gilt als Handelsgewerbe."

Daß eine derartige Bestimmung noch nicht in das neue H.G.B. aufgenommen wurde, motivirt die Denkschrift a. a. O. damit, daß es noch an einer gesetzlichen Feststellung des Begriffes der Gegenseitigkeitsgesellschaften und an bestimmten Merkmalen zu ihrer Abgrenzung gegen Hülfskassen, Feuersozietäten, Brandkassen u. dergl. Institute fehle. Dies führt uns zu der Frage, ob das Gesetz eine Definition des Begriffes der Gegenseitigkeitsgesellschaften bringen soll. Diese Frage ist aus den in der Denkschrift angedeuteten Gründen zu bejahen und man darf sich hier nicht etwa, wie bisweilen die Redaktoren des B. G.B., auf den Standpunkt stellen, daß Definitionen im Gesetze unangebracht seien. Was die Formulirung dieser Begriffsbestimmung betrifft, die natürlich ihren Platz gleich im ersten der die ganze Materie behandelnden Paragraphen erhalten müßte, so dürfte vielleicht eine Anlehnung an den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern vom Jahre 1861 und an dessen Art. 828 zweckmäßig sein. Auch hier wird sich, wie ich es vorher schon wegen des Begriffes der Sonderrechte betonte, empfehlen, daß man die Methode des B. G.B. nachahmt und den definirten Begriff in Klammer beifügt; ferner wird es angänglich sein, diesen definirenden Paragraphen mit einer anderen Norm zusammenzuziehen, die ich im Eingange meines Referates wegen der Stellung der Gegenseitigkeitsgesellschaften im Handels- und Genossenschaftsrecht für unentbehrlich erklärte und die ich dann später im Hinblick auf die Normen des B. G.B. noch weiter ausdehnte. Berücksichtigt man das alles, so gelangt man zu folgendem Paragraphen, welcher die Bestimmungen des künftigen Gesetzes über die Gegenseitigkeitsgesellschaften eröffnen würde und mit welchem ich meine heutigen Ausführungen beschließen will:

„Für die vertragsmäßige Vereinigung Mehrerer zur gegenseitigen Erstattung des Schadens, welcher den einen oder den andern unter ihnen aus einer gemeinschaftlichen

[27]) Das im Gegensatze zum Allgemeinen H.G.B. (1861) Art. 4 nicht von dem „gewerbsmäßig betriebenen Handelsgeschäft", sondern vom „Handelsgewerbe" spricht.

Digitized by Google

Gefahr treffen kann (Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit), gelten — soweit auf sie nicht das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, das Gesetz über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, das Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 und das Gesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen vom 7. April 1876 und 1. Juni 1884, sowie das Bürgerliche Gesetzbuch §§ 22—53 Anwendung finden — die nachfolgenden Bestimmungen."

Meine Thesen lauten also folgendermaßen:[28])

a) In das künftige Reichsgesetz sind besondere Bestimmungen über die Voraussetzungen für die staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit und über den Beginn des Mitgliedschaftsverhältnisses nicht aufzunehmen.

b) In das künftige Reichsgesetz sind namentlich folgende Bestimmungen aufzunehmen:

1. Für die vertragsmäßige Vereinigung Mehrerer zur gegenseitigen Erstattung des Schadens, welcher den einen oder den andern unter ihnen aus einer gemeinschaftlichen Gefahr treffen kann (Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit), gelten — soweit auf sie nicht das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, das Gesetz über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, das Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 und das Gesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen vom 7. April 1876 und 1. Juni 1884, sowie das bürgerliche Gesetzbuch §§ 22—53 Anwendung finden — die nachfolgenden Bestimmungen.
2. Der Betrieb der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit gilt als Handelsgewerbe.
3. Die Bestimmung oder Vereinbarung, wonach ein Mitglied sich im voraus allen zu beschließenden Statutenänderungen unterwirft, ist ungültig.

[28]) In den auf dem Juristentage ausgelegten Blättern hatte ich der Abkürzung zu Liebe in den Thesen b 3—6 und 8—11 auf die Ehrenberg'schen Artikel Bezug genommen.

Digitized by Google

4. Der Inhalt der Versicherungsbedingungen kann ohne Zustimmung des Versicherten nicht zu dessen Nachtheil verändert werden.
5. Sämmtliche Mitglieder einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit haben bei gleichen Pflichten auch gleiche Rechte und umgekehrt. Eine Vergrößerung der Rechte oder Herabminderung der Pflichten für ein einzelnes Mitglied oder für eine Mehrzahl von Mitgliedern ist nur zulässig wegen Verschiedenheit der Gefahr (Gefahrsklassen) oder wegen entsprechender Gegenleistungen.

   Abweichende Bestimmungen der Statuten oder der Versicherungsbedingungen sind ungültig.
6. Eine Statutenänderung, durch welche die bereits entstandenen oder die künftigen Ansprüche der Mitglieder herabgesetzt oder sonst beeinträchtigt werden, bedarf der Zustimmung aller betroffenen Mitglieder.

   Die Statuten können der Gesellschaft das Recht einer verhältnißmäßigen Herabsetzung sämmtlicher Ansprüche vorbehalten. Macht sie von diesem Rechte Gebrauch, so wirkt die Herabsetzung nicht auf die bereits entstandenen Ansprüche. Diejenigen Mitglieder, welche dem Beschlusse nicht zustimmen, haben das unentziehbare Recht, binnen zwei Wochen, nachdem sie von dem Beschlusse durch Cirkular benachrichtigt worden sind, ihren Austritt aus der Gesellschaft zu erklären; ihre Versicherung bleibt trotzdem noch sechs Wochen mit der bisherigen Wirkung in Kraft.

   Die Lebensversicherungsgesellschaften können die Herabsetzung der Ansprüche nur nach Maßgabe der Prämienreserven einführen.
7. Eine Statutenänderung, durch welche die Prämien für bestehende Versicherungen erhöht oder die beschränkte Nachschußpflicht erweitert werden soll, bedarf der Zustimmung aller Mitglieder.

   Eine Statutenänderung, durch welche die Gefahr für die Gesellschaft wesentlich vergrößert werden soll, darf frühestens einen Monat nach ihrer öffentlichen Bekanntmachung in Wirksamkeit treten. Diejenigen Mitglieder,

Digitized by Google

welche dem Beschlusse nicht zustimmen, haben das unentziehbare Recht, binnen zwei Wochen, nachdem sie durch Cirkular von dem Beschlusse benachrichtigt worden sind, ihren Austritt aus der Gesellschaft zu erklären; ihre Versicherung bleibt trotzdem bis zum Ablauf der einmonatlichen Frist in Kraft.

8. Eine Statutenänderung, wonach der Ueberschuß der Prämien (die sog. Dividende), abgesehen von der Dotirung eines angemessenen Reservefonds, zu anderen Zwecken als zur Vertheilung unter die Mitglieder verwendet werden kann, bedarf, falls die Statuten nicht selbst etwas anderes bestimmen, der Zustimmung sämmtlicher Mitglieder.

9. Die Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit kann eine Versicherung vor Ablauf der vereinbarten Versicherungszeit nur aus den gesetzlichen oder vom Gesetz für zulässig erklärten, in den Statuten oder Bedingungen enthaltenen Gründen aufheben oder verfallen lassen.

   Die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, eine abgelaufene Versicherung fortzusetzen oder zu erneuern, vorausgesetzt, daß sie mindestens drei Monate vor erfolgtem Ablauf dem Versicherten hiervon Anzeige gemacht hat. Befindet sich jedoch die Gesellschaft im Zustande der Liquidation, oder ist ein Antrag auf Auflösung oder auf Konzessionsentziehung bereits gestellt, so kann dem Versicherten die Fortsetzung der abgelaufenen Versicherung nicht verweigert werden.

10. Die Mitglieder sind mit Ablauf der vereinbarten Versicherungszeit zum Austritt aus der Gesellschaft berechtigt: eine entgegenstehende Vereinbarung oder Bestimmung der Statuten ist ungültig. Jedoch kann durch die Statuten bestimmt werden, daß der Austritt nur am Schlusse eines Geschäftsjahres erfolgen darf. Ist der Austritt nicht spätestens vier Wochen vorher erklärt, so gilt die Versicherung als auf unbestimmte Zeit verlängert.

    Vor Ablauf der vereinbarten Versicherungszeit kann, falls die Statuten nicht anderes bestimmen, der Austritt erklärt werden, wenn die Gesellschaft unsicher geworden ist

Digitized by Google

(Abs. 4). In diesem Falle hat der Versicherte für das laufende Versicherungsjahr die Prämie und etwaige Nachschüsse zu zahlen, es sei denn, daß die Gesellschaft bei seiner Aufnahme bereits unsicher war.

Lebensversicherungen können, unbeschadet der Pflicht zur Zahlung der laufenden Jahresprämie (Abs. 2), jeder Zeit vom Versicherten aufgehoben werden; doch ist die Gesellschaft außer im Falle der Unsicherheit (Abs. 4) befugt, die Versicherung als Kapitalprämienversicherung aufrecht zu erhalten.

Unsicherheit im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn die Gesellschaft in Konkurs gerathen ist, oder wenn sie ihre Zahlungen eingestellt hat, oder wenn die Erfüllung ihrer künftigen Verbindlichkeiten voraussichtlich unmöglich geworden, oder wenn eine Exekution in ihr Vermögen fruchtlos verlaufen ist.

11. Wenn das Statut nichts anderes bestimmt, so fällt das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft an die zur Zeit der Auflösung vorhandenen Mitglieder oder deren Erben nach Verhältniß der Versicherungssummen.

III.

In „Masius' Rundschau" (Blätter für Versicherungswissenschaft, Versicherungsrecht und bemerkenswerthe Vorgänge im Versicherungswesen), Neue Folge, Jahrg. X (Leipzig, Rundschau-Expedition 1898) Heft 11 S. 339—344 bringt unter der Chiffre S. der in meinem Referat mehrfach erwähnte Direktor Dr. Samwer in Gotha meine Thesen zum Abdruck und unterzieht sie S. 342 ff. einer Besprechung. Dieser Bericht aus Masius' Rundschau ist wieder zum Theil durch die „Saski'sche Zeitschrift für das Versicherungswesen", Jahrg. 34 Nr. 46 (Leipzig, den 25. November 1898) abgedruckt worden.

Beide Artikel enthalten nun zunächst, was den Wortlaut meiner Thesen betrifft, einen ganz sinnentstellenden Druckfehler,[29]) indem die

[29]) In Masius' Rundschau ist dieser Irrthum zwar auf meine Veranlassung in Heft 12 desselben Jahrgangs S. 456 berichtigt worden, jedoch hat auch bei dieser Berichtigung der Druckfehlerkobold wieder zweimal sein tückisches Spiel getrieben.

Digitized by Google

These b2 folgendermaßen lautet: „Der Betrieb der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit gilt als Gewerbe“. In der That soll es (vergl. oben S. 208 f.) heißen: „Der Betrieb der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit gilt als Handelsgewerbe“. — Dadurch allein wird nachstehende Bemerkung Samwer's S. 343 erledigt:

„Unter lit. b. Z. 1 erklärt Weyl das Handelsgesetzbuch für anwendbar auf Gegenseitigkeitsanstalten und das mit gutem Grunde, soweit deren thatsächliche Verhältnisse eine analoge Anwendung zulassen. Warum er dann aber noch unter Z. 2 erklärt, der Betrieb der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit gelte als Gewerbe, trotzdem Theorie und Praxis die ungewerbliche Natur dieser Gesellschaften anerkennen, ist unerfindlich“.

Auch bei dem Worte „Handelsgewerbe“ wollte ich natürlich den Accent nicht etwa auf die Silben „Gewerbe“, sondern auf die Silben „Handels“ legen. Wohin meine These zielte, ergeben meine Bemerkungen oben S. 208, und meine Begründung der Thesen 1 und 2 wird auch mit genügender Deutlichkeit erkennen lassen, daß ich in These 1 die Anwendbarkeit des H.G.B. auf einzelne wegen ihrer speziellen Gestaltung ins Handelsrecht, insbesondere ins Aktienrecht gehörigen Gegenseitigkeitsgesellschaften betonen wollte, für die übrigen, nicht als Aktiengesellschaften konstituirten Gegenseitigkeitsgesellschaften aber, um die Anwendbarkeit der formalen und materiellen Vorschriften das neue Handelsrecht zu vermitteln, einer besonderen Vorschrift bedürfen zu müssen glaubte.

Ferner sagt Samwer S. 342:

„Die wichtigsten Fragen, denen auch die in Posen versammelten Juristen das größte Interesse entgegengebracht haben würden, greifen in das Gebiet des öffentlichen Rechts hinüber; so insbesondere die Frage, ob das System der Normativbestimmungen oder der Konzession für die Begründung der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit maßgebend sein soll. Gerade diese Punkte scheidet Weyl aus seinen Anträgen aus, weil er — nach dem Antrag lit. a zu schließen — der Meinung zu sein scheint, daß das zu erwartende Versicherungsgesetz nur rein privatrechtliche Vorschriften enthalten solle. Für den Gesetzgeber kommen aber nicht wie für den Verfasser eines Lehrbuchs systematische, sondern praktische Erwägungen in Betracht. Es wäre seltsam, wenn

Digitized by Google

der Gesetzgeber die nach Weyl's Antrag lit. a auszuschließenden Gegenstände dem Versicherungsgesetze, in welchem die Stellung der Gegenseitigkeitsanstalten behandelt werden wird, fernhalten würde."

Hierzu genügt es, auf meine Bemerkungen S. 299 zu verweisen, wonach ich die Frage der staatlichen Verleihung der Rechtsfähigkeit deshalb ausscheiden zu müssen glaubte, weil ihre Erledigung entweder in den allgemeinen Theil des künftigen Versicherungsgesetzes oder in das Partikularrecht, keinesfalls jedoch in den besonderen Theil des Gesetzes über die Gegenseitigkeitsversicherung, gehöre. Gegen die Einstellung dieser Frage ins Partikularrecht protestirt allerdings Samwer S. 342 a. E. und zwar mit Recht. Denn, wie ich mir inzwischen selbst gesagt hatte, verdient hier centrale Regelung für das ganze Reich den Vorzug.

Endlich ist die Bemerkung Samwer's S. 343, daß ich von den Ehrenberg'schen Gesetzesvorschlägen gewisse Artikel „fallen lasse", insoweit ungenau, als Samwer dies auch betreffs Ehrenberg's Art. 8 Abs. III und Art. 9 Abs. I annimmt. Diese Positionen habe ich nicht „fallen lassen", sondern in These b 6 und b 7 modifizirt und zwar, wie Samwer S. 343/344 selbst hervorhebt, zu Gunsten seiner eigenen Vorschläge in dem oben S. 301 erwähnten Artikel (Majus' Rundschau 1897 S. 175 ff.).

IV.

Der neue Entwurf (oben S. 294) regelt die Angelegenheiten der „Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit" — nur auf diesen Punkt erstrecken sich meine nachstehenden Ausführungen — sub Nr. III in §§ 15—52; die ihm beigegebenen „Erläuterungen"[30]) beschäftigen sich mit demselben Probleme auf S. 48—50 der „Einleitung" und auf S. 70—84 der „Erläuterungen zu den Einzelbestimmungen des Entwurfs". Dazu treten aus den grundlegenden Bestimmungen sub II der § 6 I, aus den Uebergangsvorschriften die §§ 96 ff., aus den Strafvorschriften die §§ 105—108, aus den Schlußvorschriften die §§ 109 und 115 f. Vergl. entsprechend aus den „Erläuterungen zu den Einzelbestimmungen" S. 56, 93, 94.

---

[30]) Citirt nach dem „unter Benutzung des amtlichen Schriftsatzes" im Verlage von R. v. Decker, Berlin 1898, in Folioformat erschienenen Abdrucke.

Digitized by Google

Die Regelung, welche der Entwurf den Verhältnissen der Gegenseitigkeitsvereine giebt, zeigt nun eine sehr erfreuliche Uebereinstimmung mit meinen Thesen und deren Begründung. Auf den ersten Blick freilich könnte man geneigt sein, das Gegentheil anzunehmen, zumal der Entwurf zu unserem Thema 48 Paragraphen bietet, ich nur 12 Bestimmungen. Indessen kommen zu Gunsten der Harmonie zwischen dem Entwurfe und meinen Thesen eine sehr große Anzahl von Paragraphen des Entwurfes in Abrechnung, weil sie im Wesentlichen den Paragraphen des B. G.B. §§ 22—53 über die konzessionsbedürftigen Vereine entsprechen, deren Heranziehung ich in These b 1 a. E. statuirte und deren Anwendbarkeit auch der Entwurf insofern prinzipiell nicht leugnet,[31]) als er den Ausdruck „Versicherungsgesellschaft" vermeidet und in sehr lobenswerther Weise dem richtigeren[32]) Ausdrucke „Versicherungsverein" Bahn brechen will.

Die Abweichungen zwischen dem Entwurfe und dem Vereinsrecht des B. G.B. beruhen im Wesentlichen darauf, daß der Entwurf sich betreffs der Organisation der Versicherungsvereine — ich behalte diese Benennung fortab bei — lieber dem neuen H.G.B. als dem B.G.B. anschloß und die Versicherungsvereine den Aktiengesellschaften[33]) assimilirte. Man wird sich, sobald man die Verleihung der Rechtsfähigkeit für einen Versicherungsverein dem Partikularrecht und damit zugleich dem B. G.B. § 22 entziehen zu dürfen glaubt (vergl. oben sub III S. 315), mit einer solchen Annäherung der Versicherungsvereine an die Aktiengesellschaften füglich einverstanden erklären können; denn die dafür in der Begründung der Einzelbestimmungen S. 73 ff. angeführten Argumente sind sehr einleuchtend und ihre Ablehnung würde im Wesentlichen mit einer nachträglichen und daher zwecklosen Kritik des H.G.B. selber identisch sein. — Indem der Entwurf nun die Vorschriften über die Aktiengesellschaften nachahmt und indem er darum auch genauere Bestimmungen über die Satzung, die Anmeldung und die Eintragung bietet, entsteht zugleich indirekt eine Annäherung der

[31]) Positiv wird sie in den Erläuterungen S. 66, 68 anerkannt.

[32]) Vergl. oben S. 297, übrigens inzwischen auch Boyens S. 370 Spalte 2 oben. Die Unentbehrlichkeit juristischer Persönlichkeit für die Gegenseitigkeitsgesellschaften betont inzwischen auch Bödiker a. a. O. S. 45, 54 a. E. — Vergl. übrigens auch Jacobi a. a. O. S. 20 zu § 9 seines Entwurfes.

[33]) In diesem Sinne auch Boyens S. 370 sub 2 a. E.

Digitized by Google

Einzelbestimmungen des Entwurfes an die Sondernormen des B.G.B. über die eintragungsbedürftigen („idealen") Vereine (§§ 21, 55—79). Immerhin bleibt aber zwischen letzteren und den Versicherungsvereinen sowie zugleich zwischen diesen und den Aktiengesellschaften selber der sehr erhebliche Unterschied bestehen, daß der Entwurf (sub II §§ 4—14) nicht das System der Normativbestimmungen, sondern das strengere Konzessionssystem zum Ausgangspunkte nimmt und ihm (sub IV §§ 53—61 und sub V §§ 62—78) eine scharf ausgeprägte staatliche Beaufsichtigung des Versicherungsvereins beigesellt. Diese, der augenblicklich herrschenden Auffassung[34]) durchaus entsprechende Regelung hängt gleichfalls mit dem Siege der auf centralere Ordnung für das ganze Reich gerichteten Tendenz des Entwurfes zusammen und kann für unsere Erörterung der Gegenseitigkeitsversicherung im Besonderen auch darum außer Betracht bleiben, weil sie zugleich die Prämienversicherung betrifft.

Wie sehr der Entwurf mit meinem Gedankengange übereinstimmt und in welchen Punkten sich wegen der Einzelheiten mehr oder weniger unbedeutende Divergenzen ergeben, will ich hier nicht eingehend darstellen; das Nähere und zugleich die inhaltlichen Beziehungen zwischen dem Entwurfe und dem Recht der Aktiengesellschaften läßt sich jedoch für denjenigen, welcher zwischen den Zeilen zu lesen weiß, aus nachstehender Uebersichtstabelle entnehmen, welche die einschlägigen Paragraphen des Entwurfes und die korrespondirenden (analogen oder differirenden) Bestimmungen des B.G.B. und des H.G.B. zur Anschauung bringen soll:

Entwurf	H.G.B.	B.G.B.
§ 18	§ 182 II Nr. 1, § 20	§§ 57, 65
§ 19	§§ 178, 211	—
§ 20 Satz 3	—	§ 58 Nr. 1
§§ 24, 26 I und II	—	§ 58 Nr. 2
§ 27	§ 182 II Nr. 6, III	§ 58 Nr. 4
§ 28	§ 182 II Nr. 5	§§ 26 I, 58 Nr. 3

[34]) Vergl. z. B. auch Bödiker a. a. O. und zwar wegen des Konzessionssystems S. 43, 52 ff. (insbesondere betreffs der Gegenseitigkeitsversicherung S. 54 a. E.), wegen der Reichsaufsichtsbehörde (Reichsversicherungsamt) S. 50 ff.

Digitized by Google

Entwurf	H.G.B.	B. G.B.
§ 29	§§ 29, 33, 195	§§ 21, 55, 59
§ 30	§ 195 II Nr. 1, 4—6, III—V	§ 59
§ 31	§ 198	§ 64
§ 32	§ 199	§ 66 I
§ 33	§§ 231—239, 241 f.	§ 26 f.
§ 34	§§ 243—249	—
§ 35	§§ 250 f., 252 III, IV, 253, 256—261, 263—265, 268—273	§ 58 Nr. 4
§ 36	§ 262	§ 58 Nr. 2
§ 38	§§ 274 I, 275	—
§ 39	§ 247	§ 71
§ 41	§ 292 I Nr. 1	—
§ 42	§ 292 I Nr. 2	§ 40
§ 43	§ 294	§ 47
§ 44	§ 293	§ 74 I
§ 45	§§ 295 I, III, 296—299, 302	§§ 48—52, 76 f.
§ 46	§§ 300 f.	§ 45
§ 47	§§ 240 II, 292 I Nr. 3	§ 42
§§ 105 bis 107	§§ 312, 314 I Nr. 1, II und III, 315 I Nr. 2, II und III	—

Diese Uebersicht ergiebt zugleich, daß durch analoge Bestimmungen des H.G.B. und des B. G.B. nicht gedeckt sind, insbesondere: §§ 20 Satz 1 und 2, 21—23, 25, 37, 40, 48 ff., durch analoge Bestimmungen des H.G.B. außerdem nicht §§ 20 Satz 3, 24, 26 I und II, durch analoge Bestimmungen des B. G.B., außerdem nicht §§ 19, 34, 38, 41, 105 ff. des Entwurfs. — Wegen dieser Vorschläge des Entwurfs mögen folgende Bemerkungen genügen:

§ 19 folgt aus der Vereinsnatur der „Gesellschaft" von selbst: zu § 20 Satz 1 vergl. meine Bemerkungen oben S. 307/308 zu These a; § 20 Satz 2 und 3 erscheinen überflüssig (vergl. oben S. 305, 307); zu § 21 I vergl. meine These b 5, zu § 21 II oben S. 297; zu §§ 22 f., 25 die Bemerkung S. 299; § 26 III enthält eine überaus zweckmäßige Vorschrift; zu § 34 vergl. die Bemerkungen oben S. 300; zu § 37

Digitized by Google

vergl. These b 8; zu § 38 wegen der Sonderrechte These b 3, 4, 6, 7 und 8; zu § 40 These b 4 und oben S. 302; §§ 48 ff. und §§ 105 ff. können als durchaus empfehlenswerth gelten.

Weiterhin sei darauf aufmerksam gemacht, daß § 16 mit meiner These b 2 inhaltlich übereinstimmt,[35]) obgleich er aus den von mir in Form einer Fiktion gebotenen Prinzipe seinerseits die positiven Folgerungen zieht. Die Nichtanwendbarkeit des H.G.B. §§ 1—7 und Buch II[36]) und IV ist selbstverständlich, aber immerhin schadet die besondere Hervorhebung nichts. Insbesondere ist die Heranziehung von H.G.B. § 2 (vergl. oben S. 208) entbehrlich; der Heranziehung von H.G.B. § 4 ist für diejenigen Fälle, die unter ihn rubrizirt werden könnten, dadurch ein Riegel vorgeschoben, daß der Entwurf in § 52 I a. A.[37]) (zu ihm vergl. auch § 109) seinen eigenen § 16 nicht citirt, also das H.G.B. gar nicht hereingezogen wird.[38]) Uebrigens spricht § 52 II und III (vergl. § 97) die von mir in These b 1 angedeutete Möglichkeit einer Anwendbarkeit des B.G.B. und des Genossenschaftsgesetzes recht deutlich aus.

Keine entsprechenden Paragraphen haben im Entwurfe meine Thesen b 9 und b 10[39]) gefunden, weil der Entwurf — übrigens nicht ganz konsequent[40]) — auf die Regelung des Versicherungsverhältnisses (des Versicherungsvertrages) mit seinen privatrechtlichen Konsequenzen verzichtet[41]) — leider, aber hoffentlich nicht endgültig!

[35]) Eine Gedankenharmonie ist auch darin zu beobachten, daß der Entwurf und ich sowohl hier, wie zu § 15 bezw. These a und b diese Nummern den Detailvorschriften vorangestellt haben.

[36]) Vergl. jedoch eine Beschränkung, welche sich aus den Bemerkungen oben S. 297 f. und S. 314 ergiebt.

[37]) Beispiele zu § 52 auch bei Bödiker S. 48.

[38]) Denn man darf natürlich nicht dahin folgern, daß nun H.G.B. § 4 gerade anwendbar sei, eben weil der die §§ 1—7, mithin auch der den § 4 ausschließende § 16 in § 52 I nicht citirt ist. Uebrigens würde auch diese Argumentation unschädlich sein, weil H.G.B. § 4 (I und II) nur negativen Inhalt hat.

[39]) Zu These b 11 vergl. Entwurf § 46, wegen These b 3, 4, 6, 7 und 8 oben im Text.

[40]) Vergl. §§ 19, 20, 21 I, 25, 36, 37, 46, 48, 49 und wegen der Gründe der Inkonsequenz die Erläuterungen S. 34, 82 a. E.

[41]) Daß man in dem geplanten Gesetze ursprünglich wenigstens auch die privatrechtliche Seite der Versicherung regeln wollte, ergiebt u. A. die Bemerkung der Motive zum B.G.B. Bd. III S. 514: „Bei einer etwaigen Regelung des Versicherungsrechtes wird zu prüfen sein, ob besondere Bestimmungen über den Fall der Versicherung einer mit einem Nießbrauche belasteten Sache nöthig erscheinen."

Digitized by Google

8.

Einiges über das Namensrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Von Gerichtsassessor **Götte** in Nordhausen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im § 12 dem Namensrecht allgemeinen Schutz gewährt.

Durch die bisherige Gesetzgebung ist nur dem ein ausdrückliches Klagerecht gegeben, der a) „durch unbefugten Gebrauch einer Firma — im Geschäftsbetriebe [1]) — verletzt ist" (Art. 27 des Handelsgesetzbuches); b) dadurch „geschädigt ist, daß ein Anderer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergl. mit dem Namen oder der Firma eines Anderen oder mit einem geschützten Waarenzeichen widerrechtlich versieht oder dgl. widerrechtlich gekennzeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält" (§ 14 des Gesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894); c) dadurch verletzt ist, daß „der Name, dessen er sich befugterweise bedient, im geschäftlichen Verkehre von einem Anderen in einer Weise benutzt wird, die darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen des Berechtigten hervorzurufen" (§ 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896). Ferner gewährt der § 231 der Civilprozeßordnung jedem Namensberechtigten einen gewissen beschränkten Schutz, da die Führung eines Namens als ein Rechtsverhältniß im Sinne dieses Paragraphen anzusehen ist. [2]) Im Uebrigen ist es bisher bestritten ge-

[1]) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 36 S. 14.

[2]) Motive zu B.G.B. Bd. 1 S. 1005. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 5 S. 171 u. A.

Digitized by Google

weſen, „ob und wieweit das Recht auf Führung eines beſtimmten Familiennamens als ein Privatrecht anzuerkennen iſt und insbeſondere das Recht gewährt, gegen denjenigen, der unbefugter Weiſe den gleichen Namen führt, auf Unterlaſſung dieſer Namensführung zu klagen.“[3]) Die neuere Rechtſprechung hat ein ſolches Recht anerkannt.[4])

Der erſte Entwurf des Bürgerlichen Geſetzbuches hat über das Namensrecht nichts beſtimmt,[5]) wohl aber der zweite im § 22. Dieſer Paragraph iſt nach unweſentlichen Aenderungen in der Faſſung der Reichstagsvorlage Geſetz geworden. Es geben daher von den Materialien nur die Protokolle über die Verhandlungen der zweiten Kommiſſion näheren Aufſchluß für ſeine Erläuterung.[6])

§ 12 B.G.B. lautet: „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem Anderen beſtritten, oder wird das Intereſſe des Berechtigten dadurch verletzt, daß ein Anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, ſo kann der Berechtigte von dem Anderen Beſeitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu beſorgen, ſo kann er auf Unterlaſſung klagen.“ Der Paragraph gewährt alſo im Allgemeinen Jedem, der zur Führung eines *Perſonennamens*[7]) nach bürgerlichem oder öffentlichem Rechte befugt iſt, eine Klage gegen Jeden, der das Recht durch deſſen Beſtreiten, oder durch den Gebrauch des gleichen Namens verletzt. Seine Bedeutung iſt im Einzelnen folgende. Für den Fall des Beſtreitens wird die Lage des Berechtigten gegenüber dem durch § 231 C.P.O. gewährten Schutz zweifach gebeſſert: Es braucht jetzt ein „rechtliches Intereſſe an alsbaldiger Feſtſtellung“ nicht mehr vorzuliegen, und es geht die neue Klage weiter als eine Feſtſtellungsklage, da ſie auch auf Unterlaſſung künftiger Beeinträchtigung gerichtet werden kann. Der § 12 giebt ferner dadurch, daß er ein Namens*recht* anerkennt, im Falle eines Vermögensſchadens gemäß den §§ 823, 276, 847, 226, 826 B.G.B. einen Erſatzanſpruch gegen Jeden, der das Recht irgend-

[3]) Motive daſelbſt u. die dort angeführten Entſcheidungen.

[4]) Vergl. *Opet* im Archiv f. civiliſtiſche Praxis Bd. 87 S. 316.

[5]) Motive a. a. O.

[6]) S. 97—100, 8342, 8346. Vergl. auch Denkſchrift des Bundesraths zur Reichstagsvorlage 1 Buch II.

[7]) Vergl. *Opet* a. a. O. S. 322, v. *Staudinger* in *Seuffert*'s Blättern für Rechtsanwendung Jahrgang 62 S. 187.

Digitized by Google

wie schuldhaft verletzt.*) Er giebt aber auch, ohne daß ein Verschulden des Beklagten und ein Vermögensschaden des Klägers vorliegen müssen, eine Klage gegen den, der unbefugt den gleichen Namen gebraucht, wenn dadurch das Interesse des Klägers verletzt ist. Unter „Namen" im Sinne dieses Paragraphen ist, wie weiterhin gezeigt werden wird, auch der Deckname (Pseudonym, Autorname) in seiner üblichen Bedeutung zu verstehen.

Es soll hier nicht der meist einfache Fall erörtert werden, daß Jemand den wahren oder pseudonymen Namen eines Andern unbefugt zur Kennzeichnung *seiner* Person, d. h. zu seiner eigenen familienrechtlichen und staatsbürgerlichen — im Gegensatze zur pseudonymen — Bezeichnung, gebraucht. Hierfür erwähnt die Denkschrift Gründe, weswegen eine Verletzung des Interesses vorliegen kann. Sie sagt: „Das Interesse kann darin bestehen, daß dem Berechtigten nicht in Folge des Mißbrauchs seines Namens und einer dadurch herbeigeführten Verwechselung der Person das Verhalten, die Handlungen und Leistungen eines Anderen zugerechnet werden. Das Interesse kann ferner dahin gehen, daß nicht ein Anderer durch Anmaßung des Familiennamens sich den Anschein der Zugehörigkeit zur Familie des Berechtigten gebe."

Viele Zweifel erregt der § 12 für den hier allein zu erörternden Fall, daß Jemand einen fremden, wahren oder pseudonymen Namen nicht als seinen bürgerlichen Namen, sondern in anderer Weise gebraucht. Es ergiebt sich aus dem Wortlaute und der Entstehungsgeschichte des Paragraphen, daß er auch solche Fälle treffen will. Denn es sollte zuerst heißen: Wer unbefugt den Namen „führt", später: „führt oder gebraucht", dann: „sich bedient", jetzt heißt es: „gebraucht".**) Unter „Führung" eines Namens wird man nur das verstehen können, daß Jemand als angeblich berechtigter Träger des Namens auftritt, unter „gebrauchen" dagegen das, daß Jemand ihn irgendwie benutzt.

Folgende Arten von Fällen, die Gegenstand einer Klage sein können, sollen hier erörtert werden:

I. Der Beklagte hat den *wahren* Namen des Klägers gebraucht:

*) Vergl. Denkschrift zu § 12 der Reichstags-Vorlage.

**) Vergl. dazu *Fischer* im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 6 S. 305; Protokolle der II. Kommission S. 8342.

Digitized by Google

a) in Romanen, Schauspielen, bei Kunstwerken und dergl. zur Bezeichnung der dargestellten Personen; [10])

b) als Decknamen für seine schriftstellerische, schauspielerische oder künstlerische Thätigkeit. [11])

II. Der Beklagte hat den Decknamen des Klägers gebraucht:

a) in Romanen u. s. w. wie unter I a;

b) als seinen Decknamen.

Die Entscheidung eines etwaigen Rechtsstreites kann zu entgegengesetzten Ergebnissen führen, wie es sich jetzt bereits aus den verschiedenen Ansichten der weiterhin erwähnten Schriftsteller erkennen läßt. Sie kann für die Fälle unter I immer dahin erfolgen, daß Niemand einen fremden wahren Namen irgendwie gebrauchen darf, oder dahin, daß es Jeder stets darf. Dann wäre entweder die schriftstellerische oder künstlerische Thätigkeit arg beschränkt und erschwert, mindestens oft zwecklos belästigt, oder es wäre gegen einen Mißbrauch des Namens, z. B. zur Bezeichnung schimpflicher Charaktere, oder durch dessen Gebrauch als Decknamen für unsittliche oder schmähende Schriften kein Schutz gegeben. Die Beantwortung für die Fälle unter II. kann entweder dahin erfolgen, daß der Gebrauch eines Decknamens durch den Kläger nicht gegen den Gebrauch durch eine andere Person geschützt ist, oder dahin, daß Niemand den Decknamen des Klägers irgendwie gebrauchen darf. Die erste Entscheidung würde das vom B. G. B. gewährte Recht im Gegensatze zu der Rechtsentwickelung und den Forderungen des Lebens zu eng auslegen, die zweite in zu weitgehender schroffer Auslegung des § 12, bei einseitiger Berücksichtigung der Interessen des Klägers, der Billigkeit und dem Zwecke des Gesetzes widersprechen. Die richtige Mitte wird von dem Gesetze selbst durch die zwei Worte „unbefugt" und „Interesse" vorgezeichnet. Von diesen beiden Voraussetzungen der Klage darf keine fehlen; oft greifen sie ineinander und ergänzen sich zu einem Begriffe.

Folgende der wichtigsten Fragen sollen für die aufgestellten Fälle erörtert werden:

[10]) Vergl. Kohler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 5 S. 83; Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht S. 87.

[11]) Vergl. Opet a. a. O. S. 325, 385; Gierke a. a. O.

Digitized by Google

1. Wann liegt ein Recht des Klägers zum Gebrauche des Namens vor?

2. Wann liegt ein unbefugter Gebrauch dieses Namens durch den Beklagten vor?

3. Wann ist das Interesse des Klägers verletzt?

Zu Frage 1. In den Fällen unter I. handelt es sich um den wahren Namen des Klägers. Dafür ergiebt sich aus dem bürgerlichen und öffentlichen Rechte die Beantwortung der Frage.[12]) Sie soll hier nicht geschehen.

Für die Fälle unter II., wo der Schutz eines Decknamens fraglich ist, entscheiden neben der Auslegung des § 12 allgemeine Erwägungen. Der § 12 schützt das „Recht zum Gebrauch eines Namens". Es ist nun streitig, ob es sich bei dem thatsächlichen Gebrauche eines Decknamens um ein „Recht" handelt. Planck, Goldmann und Lilienthal, v. Standinger verneinen die Frage. Planck sagt:[13]) „Es handelt sich bei diesem Gebrauche um einen Ausfluß der allgemeinen Freiheit, nicht um ein besonderes Recht." Goldmann und Lilienthal sagen:[14]) „Es giebt kein Recht zum Gebrauche eines Decknamens." v. Standinger sagt:[15]) „Der Rechtsschutz gebührt nur dem Rechte. Dies Rechtsmoment ist scharf zu betonen. Eine subjektive Berechtigung liegt aber nur dann vor, wenn sie begründet ist in einer objektiven Rechtsnorm, d. h. Gesetz oder zweifellos den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechendes Gewohnheitsrecht." Durch diese Gründe wird die Streitfrage nicht entschieden, da es sich darum handelt, ob nicht gerade der § 12 mit den Worten „Recht zum Gebrauche eines Namens" auch den Gebrauch eines Decknamens als ein „Recht" anerkennt und dadurch schützt, ob also nicht der objektive Rechtssatz des § 12 durch seinen Wortlaut ein subjektives Recht dessen, der einen Decknamen gebraucht, begründet. Es ist nicht erforderlich, daß neben diesem § 12 noch ein Gesetz oder ein gleichstehendes Gewohnheitsrecht unmittelbar dem Träger eines Decknamens ein „Recht" zu dessen Gebrauch zuerkennt. Dies geschieht auch nicht für den Familiennamen, vielmehr spricht z. B. das B. G.B. nur von

[12]) Vergl. Opet a. a. O. S. 329 ff.

[13]) Bürgerliches Gesetzbuch S. 67 Anm. 5 zu § 12.

[14]) Das Bürgerliche Gesetzbuch S. 59.

[15]) A. a. O. S. 193.

Digitized by Google

einem „Erhalten, Wiedererhalten, Ertheilen, Wiederannehmen" des Familiennamens.[16]) Bei einer ähnlichen Ausdrucksweise des früheren Rechts ist es streitig gewesen, ob der Träger eines Familiennamens ein subjektives, im Rechtswege zu schützendes Recht auf diesen Namen gehabt habe. Diesen Streit hat das Bürgerliche Gesetzbuch im § 12 durch die Worte: „Recht zum Gebrauche eines Namens" und den darin unstreitig dem Familiennamen gewährten Schutz entschieden. Dadurch, daß das B. G. B. den Gebrauch des Familiennamens, über dessen Erwerb es selbst Bestimmungen trifft, im § 12 als ein „Recht" anerkennt, ist nicht ausgeschlossen, daß dies auch für den Gebrauch eines Decknamens gilt, über dessen Erwerb es keine Bestimmungen trifft. So wird nach Opet[17]) auch ein angenommener Vorname, nach Planck[18]) in Uebereinstimmung mit den Protokollen der zweiten Kommission[19]) auch der angenommene Name einer juristischen Person durch den § 12 geschützt, obwohl ein Recht auf deren Gebrauch ebenfalls nicht auf einer objektiven, ausdrücklichen Rechtsnorm beruht, und es sich bei ihrem Gebrauche nicht weniger „um einen Ausfluß der allgemeinen Freiheit" handelt, als bei dem des Decknamens.

Es liegt nun kein Grund vor, den Decknamen von dem Schutze des § 12 auszuschließen.[20])

Es ist zu erörtern, was unter „Recht" im Sinne des Paragraphen zu verstehen ist. Gemeint ist damit ein subjektives Recht. Das B. G. B. erklärt diesen Begriff nicht.[21])

Er ist daher auf Grund allgemeiner Erwägungen in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Rechte zu erklären. Es ist dabei das substantielle Moment, nämlich das innere Wesen des Rechts, und

[16]) Opet a. a. O. S. 329; B. G. B. §§ 1355, 1616 u. a.

[17]) A. a. O. S. 349.

[18]) A. a. O. S. 67 Anm. 6; anders Opet a. a. O. S. 322, 374.

[19]) S. 100.

[20]) Ebenso Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. 3. Aufl. S. 186; Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts S. 99 ff.; Riedel, Das B. G. B. in Vergleichung mit dem preußischen Rechte S. 55; Krückmann, Institutionen des B. G. B. Bd. 1 S. 80, 87; Fuld in der Zeitschrift: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Jahrg. II Heft 11 S. 344. Zum Theil ebenso Fischer a. a. O. S. 314; als fraglich stellt es hin: v. Jecklin in Gruchot's Beiträgen Bd. 35 S. 863.

[21]) Planck a. a. O. Bd. 1 S. 47 VI.

Digitized by Google

das formale Moment, nämlich die Anerkennung eines Zustandes oder eines Interesses durch das objektive Recht, zu unterscheiden.[22]) Das formale Moment scheidet hier aus, da gerade fraglich ist, ob das B. G.B. eine solche Anerkennung enthält. Das substantielle Moment kann als „Willensmacht“[23]) oder als „Antheil an den Lebensgütern“[24]) oder als „schutzfähiges und schutzbedürftiges Interesse“[25]) bezeichnet werden. Welche von diesen Erklärungen man auch für richtig halten mag, nach einer jeden liegt das substantielle Moment beim Gebrauche eines Decknamens vor. Dieser Gebrauch ist nicht verboten — unbeschadet des Rechts dessen, der ihn als wahren Namen führt. Sein Träger hat den Willen, ihn zu gebrauchen, er hat die thatsächliche Macht dazu, diesen Willen zu äußern, und er hat diesen Willen geäußert; nur unter diesen Voraussetzungen ist wenigstens der Gebrauch des Decknamens ein Recht. Der Gebrauch des Decknamens ist üblich und im künstlerischen und wissenschaftlichen (idealen[26]), so wie im ökonomischen Interesse ein werthvolles Gut, das rechtlichen Schutz erfordert. Der Deckname besitzt für seinen Träger häufig größeren Werth, als der bürgerliche Name.[27]) Sein Gebrauch ist auch deshalb so gut als ein Recht anzusehen, wie der des bürgerlichen Namens, und zwar als ein absolutes Recht (Persönlichkeitsrecht, Individualrecht).[28])

Hieraus ergiebt sich zugleich, daß sein Gebrauch nur als ein Recht anzusehen ist, wenn er im Verkehr üblich ist,[29]) so weit er nach der herrschenden Verkehrssitte als schutzbedürftig anerkannt wird,[30]) wenn er gerechtfertigt ist,[31]) wenn er einen gewissen Werth hat und ein berechtigtes Individualisirungsmerkmal vorliegt.[32])

---

[22]) Jhering, Der Geist des römischen Rechts Bd. 3 § 60.

[23]) Windscheid, Lehrbuch des Pandekten-Rechts Bd. 1 § 37.

[24]) Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 1 § 32.

[25]) Jhering a. a. O.

[26]) Fuld a. a. O.

[27]) Opet a. a. O. S. 320.

[28]) Kohler a. a. O. S. 77; Krückmann a. a. O. S. 45.

[29]) Opet a. a. O. S. 325.

[30]) Endemann a. a. O. S. 186.

[31]) v. Jecklin a. a. O.; Kohler a. a. O. S. 79; vergl. auch Bland a. a. O. S. 276 Anm. zu § 226.

[32]) Krückmann a. a O. S. 80 und in der österreichischen Gerichtszeitung Jahrgang 1897 S. 291.

Digitized by Google

Planck sagt:[33]) Es fehle eine Rechtsregel, die die Voraussetzungen bestimme, unter denen der Kläger ein solches Recht erworben haben könne. Es giebt allerdings keine besondere Rechtsbestimmung darüber. Es muß vielmehr in jedem einzelnen Falle nach allgemeinen Grundsätzen und entsprechend den besonderen Bestimmungen des B. G. B. für den Erwerb anderer Rechte untersucht werden, ob ein Erwerb vorliegt. Es ist in der Regel erforderlich, daß der Erwerber den Erwerbswillen hat, und daß eine Erwerbshandlung hinzutritt. Diese wird meist — es soll von dem seltenen Falle abgesehen werden, daß Jemand das Recht zum Gebrauch eines Decknamens von einem bereits dazu Berechtigten erwirbt — darin bestehen, daß Jemand einen frei gewählten Namen öffentlich gebraucht. Es genügt nicht sein selbst öffentlich geäußerter Wille, ihn demnächst gebrauchen zu werden. Im Allgemeinen muß ein Erwerb in fester Anwendung gefordert werden,[34]) aber es kann im einzelnen Falle auch ein einmaliger Gebrauch genügen.[35]) Es handelt sich also um einen Erwerb ähnlich dem durch Okkupation. Planck ist der Ansicht, daß es sich beim Gebrauche des Decknamens um einen Ausfluß der allgemeinen Freiheit, nicht um ein besonderes Recht handele. Dies kann nur für den Beginn des Gebrauches, die Okkupation selbst, anerkannt werden.

Es ist allerdings richtig, daß der feste Erwerb nicht leicht festzustellen ist,[36]) aber dies kann nicht verhindern, einen Schutz für die Fälle zu gewähren, wo ein fester Erwerb als geschehen anzunehmen ist.

Es fragt sich ferner, ob unter dem „Namen" im Sinne des § 12 auch der Deckname verstanden werden kann. v. Staudinger sagt: es handle sich hier nur um den Schutz des wahren Namens. Dies erscheint sowohl nach der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaute des § 12, als auch nach anderen Bestimmungen des B. G. B. nicht richtig. Der § 12 spricht allgemein vom Namen, nicht nur vom Familiennamen, wie dies in den Motiven[37]) unter dem Titel: „Feststellung familienrechtlicher Namen" geschieht. Es liegt kein Grund vor, einen ernstlich geführten Decknamen, also einen angenommenen Namen, nicht als einen

[33]) A. a. O. S. 67 Anm. 5.
[34]) Endemann a. a. O. S. 186.
[35]) Opet a. a. O. S. 353.
[36]) v. Staudinger a. a. O.
[37]) Bd. 4 S. 1005.

Digitized by Google

Namen im Sinne des § 12 anzusehen, und es ergiebt sich sogar aus dem Gegensatze vom „Namen" zum „Familiennamen" eine Berechtigung dazu, es zu thun. Die Motive stellen auch für den § 92 des ersten Entwurfes (§ 126 B. G. B.) den angenommenen Namen ausdrücklich in Gegensatz zu dem Familiennamen. Der § 92 schrieb für eine schriftliche Urkunde die eigenhändige Unterschrift des Urhebers der Willenserklärung vor. Dazu sagen die Motive, daß für eine schriftliche Willenserklärung nicht die Unterzeichnung mit dem Familiennamen oder der Firma erfordert sei, weil auch nicht selten Personen mit einem ihnen nicht zukommenden, aber von ihnen angenommenen Namen unterzeichneten. Sie entscheiden dadurch, daß das Erforderniß der Unterschrift nicht die Unterzeichnung mit dem Decknamen ausschließt und damit auch, daß dies im Gegensatz dazu bei dem Erforderniß eines Unterschreibens mit dem „Familiennamen" der Fall sein würde. Der zweite Entwurf im § 105 und ebenso § 126 B. G. B. schreiben für die schriftliche Willenserklärung „Namensunterschrift" vor, schließen also damit das Erforderniß des Unterzeichnens mit dem Familiennamen aus, stellen so den Namen in Gegensatz zu dem Familiennamen und gestatten demnach Unterzeichnung mit dem Decknamen. So sagt auch Planck[38]) zu § 126: „Nicht vorgeschrieben ist, daß die Unterzeichnung mit dem Familien- oder Geschäftsnamen erfolgt. Die Unterzeichnung mit dem thatsächlich geführten Namen genügt." Er scheint also hier unter Namen auch den Decknamen zu verstehen.

Nach der herrschenden Ansicht[39]) wird auch in § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes unter „Namen" der Deckname mit verstanden.

Gegenüber der Auslegung des § 12 und den Anforderungen der Billigkeit und der thatsächlichen Lebensverhältnisse kann auf die abweichende Ansicht in den Protokollen der zweiten Kommission kein Gewicht gelegt werden.[40])

Zu Frage 2: „Wann liegt ein unbefugter Gebrauch dieses Namens durch den Beklagten vor?"

---

[38]) A. a. O. Bd. 1 S. 177 Anm. 2.

[39]) Vergl. Finger, Kommentar zu diesem Gesetz S. 190 Anm. 6 r und Fuld a. a. O. S. 344.

[40]) Vergl. v. Jecklin a. a. O.

Digitized by Google

Es ist grundsätzlich anzunehmen, daß an sich der Gebrauch eines fremden Namens, und zwar sowohl eines wahren, als eines angenommenen, unstatthaft ist, sowohl der Gebrauch „durch Schriftsteller oder dramatische Dichter zur Bezeichnung von Rollen ihrer Romane und Stücke," [41]) als auch der durch Schriftsteller, Schauspieler und Künstler zur eigenen pseudonymen Bezeichnung [42]) (Autorname, Künstlermonogramme).

Damit ist aber nicht gesagt, daß der Gebrauch im Sinne des § 12 unbefugt ist. Es ist zwar richtig: „daß das Moment des Unbefugten rein objektiv zu fassen ist, so daß unbefugter Gebrauch überall, wo kein Recht zum Gebrauch vorhanden ist, vorliegt." [43]) Aber durch diese Erklärung wird der Begriff „unbefugt" noch nicht klar gestellt, denn es kommt dann darauf an: Liegt für den Beklagten kein Recht zum Gebrauche vor? Für die Fälle, wo es sich um Führung des fremden Namens zur eigenen wahren Bezeichnung handelt, ist die Frage allein nach den Vorschriften des objektiven Rechts über Erwerb und Verlust eines Namens zu beantworten. Aber in den hier zu behandelnden Fällen muß es aus Gründen der Billigkeit und nach dem Zwecke des Gesetzes darauf ankommen, ob der Beklagte keinen berechtigten Grund gehabt hat, gerade diesen Namen zu wählen, oder ob er nicht jetzt Grund hat, den früher ohne Grund gewählten und seitdem gebrauchten Namen weiter zu gebrauchen, ferner, ob der Beklagte den Namen nicht gerade so gewählt hat, daß er mit Recht darauf rechnen konnte, Niemandes Interesse dadurch zu verletzen. Hier kommt also ein subjektiver Gesichtspunkt in Frage, dessen Voraussetzungen meistens derartig sind, daß sich aus ihnen auch der Mangel eines Interesses für den Kläger ergiebt. Dies gilt besonders beim Gebrauche eines vom Kläger geführten Decknamens. Bei der Schätzung dieses Umstandes gegenüber dem Rechte des Klägers ist wiederum auf die Billigkeit und die Lebensverhältnisse Werth zu legen, wobei die Umstände jedes einzelnen Falles entscheidend sind. Es ist dabei zu berücksichtigen, daß es nicht im allgemeinen Interesse der Leser ist, die

[41]) Kuhlenbeck a. a. O. S. 100, ebenso v. Jecklin a. a. O., anders Endemann a. a. O.

[42]) Ebenso Opet a. a. O. S. 387.

[43]) So Opet a. a. O. S. 387 Anm. 169, vergl. auch Protokolle der 2. Komm. a. a. O.

Digitized by Google

freie Wahl von Namen in Romanen u. s. w. allzusehr einzuschränken, denn das könnte schließlich dazu führen, daß die Schriftsteller anstatt der belebenden Darstellung mit Namen, wieder, wie früher, die todte Bezeichnung der dargestellten Personen mit Buchstaben oder die fremdartig anmuthende mit ausländischen Namen wählen würden.[44])

Im Allgemeinen kommt Folgendes in Betracht. In den Fällen unter I a und II a, wo der wahre oder angenommene Name des Klägers in Romanen u. s. w. benutzt wird, ist der Gebrauch des eigenen mit dem des Klägers übereinstimmenden Namens[45]) und der des fremden Namens, wenn er vom Kläger[46]) dem Beklagten erlaubt ist, nicht unbefugt. Für die Fälle unter I a (wahrer Name des Klägers) kann aber trotzdem ein unbefugter Gebrauch vorliegen, wenn der Beklagte ohne eigenes Recht und ohne besondere auch darauf gerichtete Erlaubniß des Klägers dem Namen einen Titel, eine Amtseigenschaft oder dergl. beifügt, die dem Kläger zustehen, zumal dann, wenn dieser gerade in solcher Eigenschaft öffentlich bekannt ist und der Beklagte dies weiß. Die Bezeichnung ist zwar kein Theil des Namens, daher nicht durch § 12 geschützt, aber es liegt ein unbefugtes Handeln des Beklagten deshalb vor, weil er durch die einheitliche Bezeichnung der dargestellten Person mit Titel und Namen diesen letzteren in anderer Weise benutzt, als er befugt ist.

Selbstverständlich ist es nicht unbefugt, einen geschichtlichen oder sagenhaften Namen bei Darstellung des betreffenden Stoffes zu verwenden (z. B. Kohlhaas, Siegfried, Roland). Der Gebrauch ist ferner nicht unbefugt, wenn die Benennung der Person mit dem Namen einem litterarischen Gebrauche entspricht, durch den der Name zu einem Gattungsbegriffe geworden ist (z. B. in Fabeln und Parabeln, wie Hintz und Kuntz), oder wenn der Beklagte (hier würde auch der verantwortliche Leiter einer Zeitschrift in Frage kommen können) den gewählten Namen schon länger zur Bezeichnung einer bestimmten Gattung von Charakteren gebraucht hat, wie dies z. B. im Kladderadatsch geschieht.

Für sämmtliche Fälle ist der Gebrauch dann nicht für unbefugt zu erachten, wenn es sich um häufig vorkommende Namen handelt,

[44]) Vergl. Kohler a. a. O. S. 84.

[45]) Vergl. § 13 des Gesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnungen.

[46]) Vergl. Opet a. a. O. S. 362, Erlaubniß anderer Träger des Namens ist dem Kläger gegenüber ohne Bedeutung.

Digitized by Google

bei denen kein Dritter an eine bestimmte Person zu denken pflegt, zumal wenn dies für Vor- und Zuname zugleich gilt; ferner nicht, wenn der Beklagte den gewählten Decknamen längere Zeit unangefochten gebraucht hat und sein Interesse den weiteren Gebrauch fordert.[47]) In den Fällen unter I b (Gebrauch des fremden wahren Namens als Decknamen) ist der Gebrauch nicht unbefugt, wenn der Name des Klägers eine Wortbedeutung hat, derentwegen der Beklagte ihn als Decknamen begründeter Weise gewählt hat, wenn z. B. der Beklagte den Namen des Klägers „Judex" oder „Medicus" als Decknamen für juristische oder medizinische Aufsätze wählt. In den Fällen unter II b ist der Gebrauch meist nicht unbefugt, wenn er in anderen Lebensberufen geschieht, als in dem des Klägers, wenn z. B. ein Schauspieler den Decknamen eines Liederdichters, ein Fachschriftsteller den eines Malers für sich als Decknamen verwendet.

Unbefugt ist in allen Fällen der Gebrauch durch den Beklagten dann, wenn er an dem Gebrauche gerade des fraglichen Namens kein Interesse hat. Hier würde § 226 B. G.B. entsprechend angewendet werden können. In den Fällen unter II a, nämlich wenn Jemand den Decknamen eines Anderen in Romanen u. s. w. gebraucht, wird sogar meist die Voraussetzung dieses Paragraphen für eine Klage vorliegen müssen, da gerade hier der Schutz des Decknamens nicht zu weit gehen darf.

Zu Frage 3: „Wann ist das Interesse des Klägers verletzt?"

Die Einschränkung des Begriffes „unbefugt" hindert nicht, besonders in den Fällen unter I a und II a (Gebrauch des wahren oder angenommenen Namens in Romanen u. s. w.), weitgehende und häufig unnöthige Eingriffe in die Gebräuche der Schriftsteller u. s. w., wenn nicht auch der Begriff „Interesse des Klägers" so eingeschränkt ausgelegt wird, daß dem Namensberechtigten nur gegen augenscheinliche bedeutsame Verletzungen seines Rechtes eine Klage gegeben wird. Dies gilt namentlich für die Fälle unter II a. Hier wird, abgesehen von den sonstigen Voraussetzungen, ein Interesse nur dann verletzt sein können, wenn der Deckname sehr bekannt, namentlich bekannter, als der wahre Name des Klägers ist (z. B. Mark Twain, Ossip Schubin, Gregor Samarow), oder wenn die Art der Darstellung trotz

[47]) Opet a. a. O. S. 360 verwendet hier die Einrede der Verjährung.

Digitized by Google

der Anwendung des Decknamens die Person des als Trägers dieses Decknamens bekannten Klägers als Urbild der geschilderten Person erkennen läßt.

In den anderen Fällen kann leicht eine Verletzung des Interesses vorliegen, wenn ein selten vorkommender Name, zumal der einer allgemein bekannten Person (Waldeyer, Virchow, Dernburg) gebraucht wird, ferner wenn ein solcher, oder auch ein weniger selten vorkommender Name in Romanen u. s. w. zur Darstellung einer Person von schimpflichem Charakter verwendet wird, zumal wenn sonstige Umstände der Erzählung auf den Träger des Namens passen. Bei dem Gebrauche eines wahren oder angenommenen Namens als Decknamen (Fälle unter Ib und IIb) kann sich eine Verletzung des Interesses auch daraus ergeben, daß der Beklagte ihn in demselben Fache, dem der Kläger angehört, für ein Werk oder eine Leistung gebraucht, wenn z. B. Jemand in medizinischen Schriften den Namen Virchow als seinen Decknamen gebraucht; für die Fälle unter IIb (Gebrauch des Decknamens als Deckname) auch daraus, daß der Kläger einen eigenthümlich erfundenen Decknamen verwendet, indem er z. B. seinen deutschen Namen in einer todten Sprache wiedergiebt (z. B. Leander als Deckname des Professors v. Volkmann für dessen Gedichte). Schließlich kann auch der Umstand entscheidend sein, daß die Werke oder Leistungen des Beklagten im Gegensatze zu denen des Klägers besonders minderwerthig sind.

Demgegenüber ergiebt sich im Allgemeinen der Mangel eines Interesses für den Kläger dann, wenn es sich um häufig vorkommende Namen, um Verwendung in verschiedenen Fächern, um gleichgültige Darstellung in Erzählungen oder um derartiges handelt. Ferner in den Fällen unter IIb dann, wenn der von dem Beklagten als Deckname gewählte Deckname des Klägers eine Bezeichnung der gemeinsamen schriftstellerischen Thätigkeit enthält. So würde der Deckname „Criticus" für einen Kritiker, als eine Art von Freizeichen, keinen Schutz gegen den Gebrauch durch einen anderen Kritiker verdienen. In den Fällen unter Ia und IIa (Gebrauch des wahren oder angenommenen Namens in Romanen u. s. w.) wird eine Verletzung des Interesses schon deshalb selten vorliegen, weil wenige Leser, selbst bei seltenen Namen, daran denken werden, daß mit der dargestellten auf eine thatsächlich lebende Person gezielt sein solle.

Digitized by Google

Wenn auch im Allgemeinen die erwähnten Gesichtspunkte maßgebend sein können, so wird doch im einzelnen Falle nur das richterliche Taktgefühl unter Berücksichtigung der thatsächlichen Lebensverhältnisse die richtige Entscheidung zu treffen vermögen.

Nachtrag.

Es haben sich außer den im vorhergehenden Aufsatze erwähnten Schriftstellern noch mehrere darüber ausgesprochen, ob der Decknamе durch den § 12 B. G.B. geschützt sei oder nicht, und zwar für den Schutz: Eck,[1]) gelegentlich Oertmann,[2]) dagegen: Cosack,[3]) Hellmann,[4]) Leske,[5]) Neumann,[6]) Siméon,[7]) Rehbein,[8]) Ramdohr.[9])

Rehbein führt gegen den Schutz des Decknamens Folgendes an: „Pseudonym ist kein Name im Sinne des § 12, weil er die Person nicht bezeichnen, sondern verdecken soll. Daran hat das Gesetz kein Interesse. Es kennt keine Art des Erwerbes eines solchen zur Verdeckung bestimmten Namens. Die Sicherheit des Rechtsverkehrs fordert die Wahrheit des Namens. Ein Recht auf Pseudonyme als Namen kann nicht erworben und deshalb nicht verfolgt werden". Rehbein will daher den Decknamen nur als ein Vermögensrecht gemäß §§ 823, 826 B. G.B. geschützt wissen. Ueber den Erwerb des Decknamens ist bereits im vorstehenden Aufsatze gesprochen. Auch die übrigen Gründe Rehbein's können nicht als durchschlagend angesehen werden. Das Wesen des Decknamens besteht — trotz dieses Ausdruckes — nicht darin, daß es den wahren Namen verdecken, also verbergen soll, sondern darin, daß z. B. das unter einem Decknamen erschienene Werk eines Schriftstellers diesen Decknamen berühmt gemacht hat und dadurch für den Verfasser ein geistiges und wirthschaftliches Interesse entstanden

[1]) Vorträge über das Recht des B. G.B. S. 43.
[2]) In dieser Zeitschrift Bd. 14 S. 353 und 364.
[3]) Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., S. 89.
[4]) Vorträge über das B. G.B. S. 5.
[5]) Vergleichende Darstellung des B. G.B. und des A. L.R. S. 38 Anm. 4.
[6]) Handausgabe des B. G.B. § 12 Anm. II[2].
[7]) Recht und Rechtsgang S. 62.
[8]) B. G.B. S. 27.
[9]) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 43 (1899) S. 61.

Digitized by Google

ist, diesen Decknamen fortan für alle seine Werke zu gebrauchen und allein gebrauchen zu dürfen, da er gewissermaßen zur Charakterisirung der Werke dient. Hierbei ist es gleichgültig, ob sein wahrer Name als der des Trägers des Decknamens bekannt ist oder nicht, und weshalb der Dichter bei seinem ersten Werke diesen gewählt hat. Ferner würde dieser von Rehbein angeführte Grund nur für die Frage in Betracht kommen, ob der Schutz des Decknamens nothwendig ist. Sie ist aber aus so vielen anderen Gründen zu bejahen, daß jener Grund, auch wenn er richtig und bedeutungsvoll wäre, daran nichts ändern würde. So sagt auch Planck: „Die von den angeführten Schriftstellern für die Ausdehnung des Rechtsschutzes auf Pseudonyme angeführten Gründe sind höchstens geeignet, den Erlaß gesetzlicher Vorschriften zu Gunsten der Pseudonyme zu rechtfertigen".

Aber es ist auch nicht mit Rehbein[10]) anzuerkennen, daß der Name im B. G.B. deshalb geschützt wird, weil er eine Person bezeichnet. Dieser Schutz wird allerdings durch die im § 12 gegebene Bestreitungsklage gewährt. Aber der für die zukünftige Praxis voraussichtlich wichtigere Schutz wird durch die Namensgebrauchsklage gegeben, die dahin geht, die Familien- und Vermögensinteressen einer Person gegen Mißbrauch durch unbefugte Anmaßung des Namens seitens anderer Personen zu schützen. Hier kommt also gerade der Grund, daß der Name eine Person „bezeichnet", weniger in Betracht. Es steht also das Wesen des Decknamens nicht im Gegensatze zu dem Wesen des durch § 12 unstreitig geschützten wahren Namens.

Es kann auch nicht für richtig erachtet werden, daß ein Name dann nicht geschützt werde, wenn er die Person verdecke, weil die Sicherheit des Rechtsverkehrs die Wahrheit des Namens fordere. Dem widerspricht, daß eingetragene Handelsfirmen geschützt werden, gleichgültig ob sie der vom Handelsgesetzbuche grundsätzlich gebotenen Firmenwahrheit entsprechen oder nicht.

Die von Ramdohr angeführten Gründe zu widerlegen, ist zum großen Theile bereits in dem vorstehenden Aufsatze versucht. Ramdohr sieht die Persönlichkeits- oder Individualitätsrechte nicht als eine Art der subjektiven Rechte an, weil ihnen kein vom Menschenwillen beherrschter Gegenstand unterthan, dies aber für den Begriff des sub-

[10]) A. a. O. S. 24 und 27 Anm. 6.

Digitized by Google

jektiven Rechts als „einer rechtlich garantirten und geschützten Macht, eines Wollendürfens“ erforderlich sei;[11]) er bezeichnet sie vielmehr als „objektlose Gerechtsame“.[12]) Ramdohr erkennt daher nicht ein „aus dem allgemeinen Gesichtspunkte der Persönlichkeit herzuleitendes Recht“[13]) auf den Gebrauch des Decknamens an und meint, daß für den Erwerb einer solchen Gerechtsame die rechtserzeugenden Umstände fehlten. Diese Frage ist in dem vorstehenden Aufsatze schon behandelt. Es soll hier nur noch Folgendes erwähnt werden: Sieht man den Begriff des subjektiven Rechts nicht mit Windscheid in einer „Willensmacht“ oder in einem „Wollendürfen“, sondern mit Dernburg in „dem Antheile des Einzelnen an den Lebensgütern, welche ihm das Recht gewährleistet“, oder mit Ihering in „dem rechtlich geschützten Interesse“, so ist für den Begriff des subjektiven Rechts nicht erforderlich, daß es eine Sache oder Person beherrscht. Bei dem Namensrechte, auch bei dem auf den Gebrauch eines Decknamens, ist dann der Träger des Namens Subjekt des Rechts. Das Recht selbst ist eben das immaterielle Lebensgut des Namens oder das Interesse an dem Namen, soweit es durch die Rechtsordnung geschützt wird. Wieweit dies der Fall ist, ist bereits ausgeführt. Ramdohr führt ferner gegen den Schutz des Decknamens an,[14]) daß eine klare Bestimmung von Inhalt und Voraussetzung des Decknamens fehle. Es ist in dem vorstehenden Aufsatze darzulegen versucht, daß dies nicht der Fall ist, aber wenn es auch vielleicht nicht möglich wäre, eine solche alle Fälle klar umfassende Bestimmung zu geben, so würde dies doch nicht den einmal als nothwendig erkannten Schutz des Decknamens unmöglich machen dürfen.

Es mag noch erwähnt werden, daß Ramdohr den Schutz des § 12 auch den juristischen Personen gewährt,[15]) aber allgemein den Namen nicht gegen den Gebrauch in Romanen u. dergl. schützen will.[16]) Er meint „gebrauchen“ sei gleichbedeutend mit „sich benennen“. Diese Behauptung ist unbegründet, wie dies bereits namentlich auf Grund der Entwickelungsgeschichte des § 12 dargelegt ist. Hierbei kann nicht,

[11]) A. a. O. S. 14 ff.
[12]) A. a. O. S. 20.
[13]) A. a. O. S. 61.
[14]) A. a. O. S. 61 Anm. 76.
[15]) A. a. O. S. 43.
[16]) A. a. O. S. 72.

Digitized by Google

wie es Ramdohr für seine Ansicht thut, die bisherige Auslegung des Art. 27 des Handelsgesetzbuches herangezogen werden. Denn der „unbefugte Gebrauch einer Firma“ kann selbstverständlich nur dann vorliegen, wenn eine bestehende Firma wieder als Firma gebraucht wird, d. h. es wird „immer vorausgesetzt, daß diese [nämlich die Gebrauchs-] Thatsachen sich unmittelbar auf den geschäftlichen Betrieb beziehen und den Willen beurkunden, sich bei diesem Betriebe der Firma zu bedienen“.[17]) Solche Umstände können bei dem Gebrauche des Namens einer Firma in Romanen u. s. w. nicht vorliegen, da es begrifflich unmöglich ist, eine Firma in einem Romane zu gebrauchen. Ganz anders liegt es bei dem Gebrauche eines Personennamens.

[17]) So Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 36 S. 14.

Digitized by Google

9.

Der Bote (nuntius).

Eine Studie im Bürgerlichen Gesetzbuche.

Von **Dr. jur. Ernst Fleck** in Hannover.

S. Jacoby[1]) bezeichnet den über Vertretung und Vollmacht handelnden fünften Titel des ersten Buches des B. G. B. als eine der wohlgelungensten Partien unseres neuen Gesetzbuches, soweit der allgemeine Theil in Frage kommt. Man kann dies Urtheil voll unterschreiben. Schon beim flüchtigen Durchlesen der betreffenden Paragraphen fällt die durchsichtige Disposition, die Präzision in der Hervorhebung der Grundprinzipien, die Sachgemäßheit der Entscheidung in den Einzelfragen auf. Ermöglicht wurde dies erfreuliche Resultat durch die Ergebnisse, welche die Theorie und Praxis des gemeinen Rechts im Gebiete der Vollmachtslehre zu Tage gefördert hatten. Das B. G. B. baut sich unmittelbar auf der wissenschaftlichen Thätigkeit auf, die auf die Stellvertretungsmaterie in den letzten 30 Jahren verwendet worden ist, seitdem durch Buchka's Schrift über „Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen", die im Jahre 1852 erschien, die Aufmerksamkeit der Rechtstheoretiker auf dies früher lange vernachlässigte Gebiet gelenkt war.[2]) Die Abhängigkeit der legislativen Thätigkeit von den Vorarbeiten ergiebt sich besonders eklatant bei denjenigen Punkten, an welchen die wissenschaftliche Dis-

[1]) Hirth's Annalen 1889 S. 663.

[2]) Siehe darüber Hellmann „Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften S. 1 ff.; Unterholzner, „Das österreichische Obligationenrecht" Bd. 1 S. 368 zählt in der Note nicht weniger als 30 Autoren auf, die sich seitdem mit dem Ausbau unserer Materie beschäftigt haben. Hinzuzufügen sind noch Eck, Hellmann, v. Canstein, Gareis, Wendt, Hölder und Lenel, letzterer in Jhering's Jahrbüchern Bd. 36 S. 1—14.

Digitized by Google

kussion noch nicht zu einem befriedigenden Abschlusse geführt hatte. In diesem unfertigen Zustande befindet sich zur Zeit noch der theoretisch wie praktisch so überaus wichtige Begriff des Boten, der Gegensatz zwischen ihm und dem Stellvertreter und die Normen, welche auf eine lediglich als nuntius fungirende Mittelsperson anzuwenden sind.

Den kontroversen Zustand der Lehre spiegelt das B. G. B. getreulich wieder. Mit Ausnahme des § 120 finden wir keine Bestimmung, aus der wir Aufschluß über die unsere Materie beherrschenden Grundprinzipien zu ziehen vermöchten. Diese einzige Bestimmung giebt zudem lediglich die Entscheidung einer einzigen Frage und zwar in dem Sinne, wie sie Theorie[3]) und Praxis[4]) als der Verkehrsanschauung entsprechend bereits während der Herrschaft des gemeinen Rechts gefordert hatten. Ueber alles Weitere läßt uns der Paragraph im Unklaren. Daß das Gesetz schweigt, ist indeß kein Fehler, eher ein Vorzug desselben. Wissenschaft und Rechtsanwendung sind jetzt durch kein Machtgebot des Gesetzgebers gehindert, aus allgemeinen Grundsätzen und unter Beachtung der unzähligen Kombinationen des praktischen Lebens diejenige Lösung anzutreten, die als die dogmatisch richtige erscheint und zugleich den Bedürfnissen der Rechtsanwendung entspricht.

I. Der Begriff des Boten.

Ueber diesen Begriff existiren zwei Theorien, die sich schroff gegenüber stehen: die eine verneint jeden Unterschied zwischen einem Boten und einem Stellvertreter; die andere stellt umgekehrt beide Begriffe in einen kontradiktorischen Gegensatz. Die herrschende Meinung, welche durch Buchka, Ihering, Windscheid, Laband, Brinz, Thöl, Vangerow, Kuntze, Curtius, Unger, Wächter, Schliemann und Zimmermann repräsentirt wird,[5]) erklärt die Stellvertretung als eine Vertretung im Willen, während sie in dem Boten ein lediglich passives Werkzeug zur Uebermittelung einer

[3]) Siehe Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 309 Anm. 5 mit Litteratur angegeben.

[4]) Entsch. des R.G. Bd. 28 Nr. 3.

[5]) Siehe darüber Hellmann S. 4 ff. und Mitteis „Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Rechte" § 15 S. 128 ff.

Digitized by Google

Willenserklärung sieht.[6]) Diese Anschauung war schon vor v. Savigny die gangbare. Bereits Duarenus[7]) bezeichnet den Boten als einen redenden Brief, den Brief als einen stummen Boten. In den älteren Schriften findet man häufig die Bemerkung, der Bote sei ein instrumentum voluntatis, velut organum et pica domini.[8]) Es ist das dieselbe Anschauung, die bei Zimmermann[9]) dazu geführt hat, den Boten als „ein bloßes Organ, nicht anders wie die Zunge" zu charakterisiren, oder wenn Cosack[10]) den Boten mit dem Munde vergleicht.

Es hat aber auch von jeher nicht an Widerspruch gefehlt. Kein Geringerer als v. Savigny[11]) erklärte, der Bote sei vom Stellvertreter nicht der Gattung, sondern lediglich dem Grade nach verschieden; er faßte ihn als einen verkümmerten Stellvertreter mit einer aufs Aeußerste spezialisirten Vollmacht auf. Ihm war der Stellvertreter nichts Anderes als ein flügge gewordener Bote. Kasuistisch sucht er nachzuweisen, daß der Bote als die unterste Sprosse der Stellvertreterskala mit dem Generalbevollmächtigten als dem Endpunkt derselben durch unzählige feine Nüancen verbunden sei, ohne daß man an irgend einem Punkte eine Cäsur konstatiren könne, die auf eine begriffliche Differenz hinweise. Der Satz, daß der Bote als das Ende einer langen Reihe von Stellvertretern mit immer abnehmender Bedeutung erscheint, generisch aber Stellvertreter bleibt und nicht außerhalb der Reihe liegt,[12]) dient bei v. Savigny als Unterbau für seine Konstruktion der Stellvertretung, nach der der Vertretene allein als der juristisch Handelnde auftritt, während der Stellvertreter mehr oder minder auf die Rolle eines bloßen Organes, einer juristischen Null, herabgedrückt wird. Hellmann[13]) giebt dieser Anschauung die prägnante Form: „Was der Stellvertreter thut, ist für ihn selbst etwas völlig Unjuristisches."

[6]) Im Einzelnen fehlt es auch unter diesen Schriftstellern nicht an Differenzen, die im Laufe der Darstellung erwähnt werden.

[7]) Siehe darüber Curtius im Archiv für die civil. Praxis Bd. 58 S. 71.

[8]) Mitteis S. 128.

[9]) „Die Lehre von der stellvertretenden neg. gestio" S. 18.

[10]) Lehrbuch des bürgerl. Rechts S. 211.

[11]) Obl. Rt. Bd. 2 S. 57 ff.

[12]) So die treffende Charakteristik dieser Theorie bei Mitteis S. 131.

[13]) S. 16.

Digitized by Google

Es ist ohne Weiteres klar, welch' wesentliches Argument für die Anhänger dieser Richtung daraus erwachsen mußte, wenn sie sich darauf berufen konnten, daß der Bote, der nach der gemeinen Meinung jedes Einflusses auf den Inhalt des Geschäfts entbehrte, und der Stellvertreter begrifflich zu identifiziren seien. Die konsequente Durchführung der v. Savigny'schen Theorie — die wir die Selbsthandelstheorie nennen wollen, weil nach ihr der Vertretene durch den Vertreter wie durch ein Organ, gewissermaßen wie durch ein Sprachrohr hindurch, persönlich kontrahirt — mußte zur Negirung jedes Unterschiedes zwischen dem Stellvertreter und dem Boten führen. Es ist aber bezeichnend, daß selbst diejenigen, welche den von v. Savigny betretenen Weg weiter verfolgten,[14]) in der Vermischung beider Begriffe keineswegs soweit gingen wie er. Zwischen Boten und Stellvertreter distinguiren vielmehr ausdrücklich Dernburg,[15]) Hellmann[16]) und Canstein.[17]) Selbstverständlich wird es den genannten Schriftstellern nicht entgangen sein, daß sie damit ein wichtiges Argument und eine Konsequenz ihres Prinzips Preis gaben. Wenn sie sich dennoch dazu entschlossen, so beweist das gewiß, wie sehr die scharfe Sonderung beider Formen auf objektive Realität Anspruch machen kann.

Eine eigenthümliche Stellung nimmt Mitteis[18]) ein. Obgleich er die v. Savigny'sche Selbsthandelnstheorie bekämpft und das durch einen Stellvertreter geschlossene Geschäft als durch die Kombination des Willens zweier Personen — des Vollmachtgebers und -nehmers — entstanden ansieht, so stimmt er dennoch mit v. Savigny darin überein, daß er den Boten nur als eine besondere Spezies des allgemeinen Genus „Vertreter in Rechtsgeschäften" auffaßt. Allein seine Uebereinstimmung ist lediglich äußerlich, denn als das Charakteristische gegenüber allen anderen Vertretungsfällen führt er an, daß beim Boten der Wille des Vertreters in Beziehung auf den Inhalt des Geschäfts auf Null reduzirt ist. Er hebt allerdings auch hervor, daß der Bote

[14]) Als solche sind außer Ruhstrat insbesondere Scheurl, Dernburg, Hellmann und Canstein zu nennen.

[15]) Pand. Bd. I § 117.

[16]) S. 19 in fine S. 20.

[17]) Busch, Arch. für d. deutsche Handelsrecht Bd. 21 S. 226.

[18]) „Die Lehre von der Stellvertretung" § 15 insbes. S. 131.

Digitized by Google

nicht ganz willenlos sei, daß er, wenn er sich auch um den Inhalt des Vertrages gar nicht kümmert, doch Eines will und Eines thut: nämlich die Erklärung. — So richtig dieser Hinweis in der Mehrzahl der Fälle auch ist, insbesondere, wo es sich um die Uebermittelung einer mündlichen Botschaft handelt, so wenig wird dadurch ein Gegensatz zwischen Mitteis und der herrschenden Meinung geschaffen, wie sie durch die oben [19]) angeführten Schriftsteller repräsentirt wird. Denn auch von diesen ist wohl niemals verkannt, wenn sie es auch nicht ausdrücklich aussprechen, daß der Bote — mag er auch sonst dem Rechtsgeschäfte fremd bleiben — dennoch oft, wenn auch nicht ausnahmslos, den Erklärungswillen haben muß. Trotz seiner sich v. Savigny nähernden Terminologie ist demnach Mitteis dennoch zu denjenigen zu zählen, welche in dem Boten lediglich ein kommunikatives Instrument [20]) sehen.

Das B. G.B. schließt sich der herrschenden Meinung an. Nicht nur in den Motiven [21]) und den Protokollen, [22]) sondern auch im Gesetze selbst wird zwischen dem Stellvertreter und dem Boten unterschieden: die §§ 164 bis 181 behandeln den Stellvertreter und nur ihn, während der in einem anderen Titel gänzlich getrennt stehende § 120 sich auf die Lehre vom Boten bezieht. So viel ist also klar: die v. Savigny'sche Anschauung, welche beide Personen konfundirt, ist definitiv abgelehnt. Es muß eine Differenz bestehen. Allerdings erhellt aus dem Gesetze nicht ohne Weiteres, wo die Trennungslinie zu ziehen ist. Eine Legaldefinition des Boten sucht man im B. G.B. ebenso vergeblich wie in den Pandekten die Begriffsbestimmung des nuntius. Nur soviel ergiebt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen, daß die Stellvertretung Vertretung im Willen ist. Deshalb entscheidet nach § 166 bei Willensmängeln die Person des Vertreters als des wirklich Wollenden; deshalb spricht § 164 ausdrücklich von dem Willen, in fremdem Namen zu handeln. Der Redaktor Dr. Gebhard sagt in seiner Vorlage an die erste Kommission [23])

[19]) S. 2.

[20]) Ein Ihering'scher Ausdruck.

[21]) Bd. 1 S. 223 zu § 115 E. I, Bd. 1 S. 203 zu § 101 E. I.

[22]) S. 291.

[23]) S. 156 zum Abschnitt II Titel 2 sub titulo „Das Rechtsgeschäft; die Stellvertretung".

Digitized by Google

ausdrücklich: Soweit Willenswahl, soweit Stellvertretung. Ihm schließen sich die Motive[24]) an, die ebenfalls das charakteristische Merkmal der Stellvertretung in der Willensvertretung finden. Ebenso Planck.[25]) Soll der Bote wirklich einen Gegensatz zum Stellvertreter bilden, so muß folgerecht seine Thätigkeit die eines bloßen Gehülfen sein, der durch Leistung rein faktischer Dienste die eine Partei unterstützt und insbesondere an der Bildung des entscheidenden Geschäftswillens keinen Antheil hat. Die Motive[26]) lassen es dahingestellt, ob der Bote auch dann noch Bote bleibt, wenn ihm die Wahl zwischen mehreren Willenskundgebungen des Erklärenden freigestellt ist, oder wenn er berechtigt ist, die ihm aufgetragene Kundgebung zu unterlassen. Indeß weisen auch sie bereits darauf hin, im Allgemeinen sei daran festzuhalten, daß Stellvertretung vorliege, soweit der Person, deren man sich bediene, eine Willenswahl offen gelassen sei. Weit bestimmter hatte sich Gebhardt[27]) geäußert; weit entschiedener äußern sich insbesondere die Protokolle der 2. Kommission.[28]) Sie nehmen eine Stellvertretung im Gegensatz zur Botschaft schon dann an, wenn der Mittelsperson zum Mindesten die Entscheidung gelassen ist, ob sie die ihr aufgetragene Willenserklärung abgeben will oder nicht.

In der Litteratur finden sich Ansätze zu einer anderen Bestimmung der Grenzlinie zwischen dem Boten und dem Stellvertreter. Schliemann protestirt[29]) gegen die am schärfsten von Ihering präzisirte Theorie, nach der der Bote lediglich ein Mittheilungsorgan, ein Kommunikationsinstrument, seine Mitwirkung lediglich eine faktische sei. Diese Kennzeichen treffen nach Schliemann zwar auf den Ueberbringer einer schriftlichen Erklärung — von ihm „Briefträger" genannt — zu; ganz anders stehe aber der Bote da, welchem eine mündliche Erklärung übertragen sei; ein solcher sei ebenfalls ein freier Vertreter, der[30]) statt seines Auftraggebers handle, so daß die Handlung

[24]) Bd. 1 S. 223 zu § 115 E. I.
[25]) Kommentar S. 210.
[26]) A. a. O.
[27]) A. a. O.
[28]) S. 291 der Originalprotokolle, S. 141 in der gedruckten Ausgabe.
[29]) Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 16 S. 4.
[30]) S. 3 in fine S. 4 oben.

Digitized by Google

des nuntius rechtlich als die seines Mandanten angesehen werde: der Bote habe[31]) nicht die Erklärung des Mandanten mitzutheilen, er habe vielmehr die Erklärung selbst erst zu beschaffen;[32]) erst durch den Boten erfolge die zum Vertragsschluß nothwendige Erklärung; der Briefträger überbringe die bereits vom Mandanten selbst beschaffte Erklärung; der Bote theile den Willen mit, der Briefträger die Willenserklärung.[33]) Daraus wird[34]) geschlossen, der Bote müsse willensfähig sein, wenn auch nur im natürlichen, nicht im rechtlichen Sinne, der Briefträger dagegen nicht. Schliemann kommt Seite 5 — zu dem Resultate, der korrekte Ausdruck für die Ausrichtung einer Botschaft sei der: „Im Auftrage (noch genauer: in Vollmacht) des N. N. erkläre ich, daß er Ihre Offerte annimmt." — Adoptirt man diese Erklärungsform als die dem Begriffe der Botschaft adäquate, so schwindet jede Möglichkeit, aus den zwischen dem Boten und dem Erklärungsempfänger gewechselten Erklärungen zu entnehmen, ob man es im konkreten Falle mit einem Boten oder Stellvertreter zu thun hat, denn auch der Stellvertreter muß sich, wenn er exakt vorgehen will, der von Schliemann für den Boten reservirten Sprechweise bedienen. Es bliebe daher nichts anderes übrig, als auf das Verhältniß zwischen der Mittelsperson und deren Auftraggeber zurückzugreifen, um zu konstatiren, ob und in welchem Umfange der Erklärende an der Willensbildung betheiligt ist; ob er wirklich nur den Willen seines Mandanten und nicht vielmehr seinen eigenen erklärte. Aber dagegen verwahrt sich Schliemann ebenfalls. Er verlangt vielmehr,[35]) und darin liegt gerade ein Hauptverdienst seiner Schrift, daß man die Stellung des Mandatars zum Mandanten — also das innere Verhältniß — aufs schärfste von den Beziehungen des Vertretenen zum Dritten trenne: nach Innen hin könne dem Boten ein Einfluß auf den Inhalt des Vertrages, ja sogar die Entscheidung der Frage überlassen sein, ob überhaupt ein Vertrag ins Leben treten solle;[36]) die Vollmacht entscheide

[31]) S. 5.

[32]) Anklang an den Mitteis'schen Erklärungswillen des Boten.

[33]) Auch Regelsberger Pand. § 160 S. 586 unterscheidet zwischen dem Boten als Briefträger und dem Boten als Erklärungswerkzeug.

[34]) S. 12 u. 13 des Schliemann'schen Aufsatzes.

[35]) S. 17.

[36]) S. 15, vergl. auch S. 19.

Digitized by Google

nur, soweit sie nach Außen hin, d. h. dem Dritten gegenüber, hervortrete.[37]) — Accentuirt man mit Schliemann lediglich die äußeren Erklärungen, also diejenigen, welche zwischen der Mittelsperson und dem Dritten gewechselt sind, so wird es angesichts seiner Formel[38]) immer unklarer, welche äußerlich sich manifestirenden Momente darüber entscheiden, ob man es mit einem wirklichen Stellvertreter zu thun hat. Offensichtlich ist dieser schwache Punkt der Aufmerksamkeit Schliemann's denn auch nicht entgangen. Er sucht daher nach solchen Merkmalen und findet[39]) sie darin, daß der Bote den Mandanten lediglich und nur hinsichtlich der Erklärung des Vertragswillens vertrete, aber nicht weiter; damit ein Vertrag zu Stande komme, sei eine unmittelbare Beziehung des Mandanten zum Dritten erforderlich; erkläre der Bote das Accept, so müsse der Dritte dem Mandanten (nicht dem Boten) offerirt haben; habe dagegen die Erklärung des Boten eine Offerte zum Gegenstande, so müsse der Dritte dem Mandanten gegenüber acceptiren. Im Gegensatz zu einer in dieser Weise beschränkt auftretenden Mittelsperson, wird derjenige Mandatar, der den Mandanten vollständig in Bezug auf den äußeren Vertragsschluß vertritt, als Stellvertreter definirt.[40]) Die Theorie Schliemann's würde sich also in die Sätze zusammenfassen lassen, daß unter Außerachtlassung des innerlichen Verhältnisses als Bote derjenige anzusehen ist, der den Willen des Auftraggebers entweder nur hinsichtlich der Offerte oder nur hinsichtlich des Acceptes erklärte. Ein untrügliches Indiz für die Botenqualität würde also darin liegen, wenn die die Offerte überbringende Mittelsperson nicht im Stande wäre, die Acceptationserklärung der anderen Partei mit Rechtswirksamkeit entgegenzunehmen. Nach § 130 B. G.B. wäre demnach der Vertrag nicht schon dann geschlossen, wenn die Annahme dem Mandatar, sondern erst dann, wenn sie seinem Prinzipal zugeht. Wie hier werden die Schliemann'schen Darlegungen gewöhnlich in der Litteratur auf-

[37]) S. 18.

[38]) Im Auftrage resp. in Vollmacht erkläre ich, daß u. s. w.

[39]) S. 18.

[40]) Auch Brinz Pand. 2. Aufl. Bd. 1 S. 345, 346 verlangt vom Stellvertreter, daß er das ganze Erwerbsgeschäft verrichtet. Indessen ist seine Annäherung an Schliemann nur eine terminologische; er giebt nämlich zu, daß es auch eine Vertretung giebt, die nur in einem Theile des Geschäftes stattfindet.

Digitized by Google

gefaßt.[41]) Diese Konstatirung ist nothwendig, weil, wie die Excerpte zeigen und ein Studium seiner Abhandlung selbst bestätigen wird, sein Gedankengang keineswegs leicht verständlich ist. Schliemann's Versuch hat zum Theil Anklang gefunden. Auch Leonhard[42]) weist darauf hin, man trenne nicht genug den Stellvertreter in der bloßen Offerte von dem Stellvertreter in dem ganzen Vertragsschlusse. Er fügt aber hinzu, bei der bloßen Offerte könne die Mittelsperson die lex contractus — den „Vertragswillen" — verfassen, ohne die Botenqualität zu verlieren; bei der bloßen Offerte sei also der Stellvertreter vom Boten nicht zu unterscheiden. Leonhard negirt also, trotzdem er den Schliemann'schen Grundgedanken aufgreift, die Möglichkeit einer Differenzirung. Dagegen soll es sich in der zweiten Hälfte des Vertragsschlusses — der Entgegennahme einer Antwort auf die Offerte — ganz anders verhalten. Hier zeigt sich nach der Ansicht von Leonhard, ob die Mittelsperson ein wahrer Stellvertreter sei: gehe die Antwort nicht an sie, sondern an den Herrn, so sei sie es nicht.

Es ist für die Richtigkeit der Schliemann'schen Lehre ein bedenkliches Zeichen, daß sie, wie wir sehen, selbst von Leonhard, also demjenigen, der sie im Uebrigen acceptirt, für unfähig erklärt wird, bei der Offerte, also in einer großen Anzahl von Fällen, den Boten vom Stellvertreter zu scheiden. Man wird ihr denn auch für das B. G. B. schwerlich beitreten können. Bereits Zimmermann[43]) hatte darauf aufmerksam gemacht, daß eine wahre Stellvertretung vorliegen kann, sowohl, wenn die Mittelsperson bloß die Offerte stellt, als auch dann, wenn sie bloß acceptirt. In der That ist denn auch nicht einzusehen, weshalb keine Stellvertretung angenommen werden darf, wenn etwa der Reisende eines Kaufmanns nach langen direkten Verhandlungen mit dem Kunden endlich eine bestimmte Offerte formulirt, die sich demnach als sein eigenes Willensprodukt darstellt, dem Kunden eine Acceptationsfrist einräumt, ihn aber bezüglich der Annahmeerklärung an seinen Prinzipal verweist, weil er selbst weiter reist. Ebenso kommt es[44]) gewiß täglich vor, daß die dem Prinzipal selbst

[41]) Vergl. z. B. Curtius im Archiv f. civ. Prax. Bd. 58 S. 73, Hellmann S. 6.

[42]) „Der Irrthum bei nichtigen Verträgen" S. 161 ff.

[43]) „Die Lehre von der stellvertretenden neg. gest." S. 45 ff.

[44]) Zimmermann S. 47.

Digitized by Google

gemachte Offerte von seinem Bevollmächtigten — etwa dem Prokuristen — acceptirt wird, ohne daß man diesen deshalb auf die Stellung eines Boten herabdrücken dürfte. Insbesondere ist aber Folgendes zu beachten. Der praktisch bedeutsamste Unterschied zwischen dem Stellvertreter und dem bloßen Boten liegt nach dem B. G.B. [45]) darin, daß der psychologische Zustand des Stellvertreters, sein Irrthum, sein Dolus, und nicht der des Vertretenen das Geschäft trägt und daher juristisch zu beachten ist, während das Wissen oder Nichtwissen des Boten oder seine Absichten auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses keinen Einfluß zu äußern vermögen. Ob der Briefträger, der die Annahmeerklärung überbringt, weiß, daß das gekaufte Pferd nicht dem Verkäufer gehört, ist für die Frage nach dem Eigenthumserwerb des brieflich abschließenden Käufers gänzlich gleichgültig. Umgekehrt wäre es gewiß in hohem Grade auffallend, wenn das Gesetz dem Vertretenen gestatten wollte, die für ihn vortheilhaften Wirkungen der Thätigkeit seines Bevollmächtigten für sich zu reklamiren, eine etwaige mala fides dagegen als nicht zu seinen (des Vertretenen) Lasten gehend zurückweisen zu dürfen. Der Vollmachtgeber hätte dann alle Vortheile, sein Gegner alle Nachtheile, die sich daraus ergeben, daß sich die Entstehung und Wirkung des Geschäfts auf verschiedene Personen vertheilt. Das widerspricht der Billigkeit und ist ja auch deshalb im § 166 ausdrücklich abgelehnt, der im Großen und Ganzen das von Mitteis [46]) mit aller Schärfe und großer Ausführlichkeit proklamirte Prinzip sanktionirt: Entscheidend ist der Wille desjenigen, der wirklich Willensproduzent ist. Daraus ergiebt sich, daß es auf den Willen des Boten als einer Person, die in Bezug auf den Geschäftswillen bloß passiv an der Transaktion betheiligt ist, nicht ankommen darf. Prüft man die Schliemann'sche Theorie an diesen Sätzen, so besteht sie die Probe nicht, führt vielmehr zu unangemessenen Resultaten. Bei A. läuft eine Offerte des B. ein; er sendet seinen Kommis C. hin, um die Waare zu besehen und je nach dem Befund nach seinem — des C. — Ermessen einzukaufen oder die Offerte abzulehnen. C. bemerkt bei seiner Prüfung, daß die Waare in Wahrheit dem D. gehört; außerdem betrügt er bei der Preisfestsetzung den B., indem er ihm etwa fälschlich vorspiegelt, es handle sich um ein geringeres Quantum

[45]) § 166.

[46]) „Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Rechte".

Digitized by Google

als faktisch vorhanden ist. Soll trotzdem wirklich die Vindikation des D. und die sich auf die §§ 123, 124 B.G.B. stützende Anfechtung des B. ausgeschlossen sein? Ich zweifle nicht, daß auch Schliemann Bedenken tragen würde, diese Frage bejahend zu beantworten. Dennoch trifft wörtlich seine Botendefinition zu. Zum Ueberfluß führt Schliemann, um jeden Zweifel zu beseitigen, auf Seite 15 seines Aufsatzes einen Fall an, der dem soeben beschriebenen vollkommen analog ist, und entscheidet sich für das Vorhandensein einer Botschaft. Von dem einmal eingenommenen Standpunkte aus ist das allerdings nur konsequent gedacht, denn C. hat seinen Vollmachtgeber nicht, wie Schliemann es für den Stellvertreter verlangt,[47]) in Bezug auf den äußeren Abschluß des Vertrages ganz, vielmehr nur in Bezug auf das Accept vertreten. Der Irrthum, dem Schliemann m. A. n. verfallen ist, liegt darin, daß er zwei an und für sich ganz richtige Prinzipien übertrieb. Es ist erstens richtig, daß der nicht erklärte Wille juristisch bedeutungslos ist, daß daher das Schwergewicht auf die äußere Handlung, nicht auf den innerlichen, überhaupt nicht oder doch jedenfalls nicht recht faßbaren Parteiwillen gelegt werden muß. In diesem Punkte hat ihn die instinktive Abneigung des Praktikers[48]) gegen das Willensdogma richtig geleitet. Es ist ferner zuzugeben, daß zwischen dem äußeren und dem inneren Verhältniß, in welchem die Mittelsperson steht, scharf unterschieden werden muß.[49]) Unrichtig war es aber, daß er diesen beiden Grundsätzen eine allzu weite Ausdehnung gab, die ihn dahin führte, den Unterschied zwischen dem Boten und dem Stellvertreter gänzlich zu veräußerlichen. Anstatt den Begriff zunächst von Innen heraus prinzipiell zu erfassen und erst dann festzustellen, inwieweit er durch die Art des Auftretens nach Außen modifizirt wird, sah er allzu ausschließlich darauf, ob der Mandatar bloß bei der Offerte oder bloß beim Accepte oder bei beiden Akten mitwirkte. Mit diesem Versuche, den Begriff des Boten streng zu formalisiren, kontrastirt eigenthümlich, daß er[50]) andererseits Erklärungsformen zuließ, durch die ein etwa vorhandener äußerlicher Unterschied zwischen beiden Kategorien vollkommen verwischt werden mußte.

[47]) S. 21.

[48]) Schliemann war derzeit Rath am Bundesoberhandelsgericht.

[49]) Siehe unten sub II.

[50]) Siehe oben und bei Schliemann S. 5 Zeile 4 von unten.

Digitized by Google

Aus allen diesen Gründen ist es erklärlich, daß die Schliemann'sche Lehre vom B. G. B. nicht acceptirt werden konnte. Es ist das auch nicht geschehen. Aus dem § 120 ergiebt sich zunächst, daß das B. G. B. im Gegensatz zu jener Lehre nicht zwischen dem Boten als Ueberbringer einer schriftlichen Erklärung — dem sogenannten Briefträger — und der mit einer bloß mündlichen Botschaft betrauten Mittelsperson unterscheidet, daß es vielmehr beide Gruppen unter Ablehnung der von Schliemann in Vorschlag gebrachten Trennung in einen Begriff vereinigt. Zugleich zeigt dieser den Boten mit Kopisten und Telegraphenbeamten auf eine Stufe stellende Paragraph, daß der Bote des B. G. B. nicht als Willensproduzent aufgefaßt werden darf — auch nicht in dem abgeschwächten Maße, wie es Schliemann lehrt —, sondern daß er nichts Weiteres ist als ein redender Brief. Das moderne Recht stimmt in dieser Beziehung mit dem römischen überein, das ebenfalls eine Erklärung durch einen nuntius mit der Erklärung durch eine epistola für gleichwerthig erachtete.[51])

Nur dann, wenn man unverbrüchlich daran festhält, daß der Bote lediglich die Rolle eines Instrumentes spielt, ist es möglich, die so wichtige Grenze zwischen der Botschaft und der Stellvertretung genau zu fixiren. Erweitert man den Begriff des Boten über diesen Punkt hinaus, gestattet man ihm nur im Geringsten, an der Bildung des Geschäftswillens Theil zu nehmen, so unterscheidet er sich in Nichts von einem Stellvertreter mit höchst spezialisirter Vollmacht. Bei konsequenter Verfolgung des einmal eingeschlagenen Irrwegs führt die kleinste Konzession in dieser Richtung zur Leugnung jeglicher Differenz, also zur Annahme der v. Savigny'schen Theorie, die, wie bereits festgestellt ist, vom B. G. B. verworfen ist.

II. Bedeutung des äußeren Auftretens der Mittelsperson.

Mit der Konstatirung der rein passiven Natur des Boten sind die Schwierigkeiten unserer Lehre keineswegs erschöpft. Es fragt sich nämlich weiter, welche Rechtsbeziehungen darüber entscheiden, ob der Mittelsperson der Charakter als Bote oder als Stellvertreter beizulegen ist. Drei Möglichkeiten bieten sich dar. Es kann erstens auf das

[51]) Siehe l. 2 pr. de pact. 2, 14; l. 1 § 2 de contr. empt. 18, 1; l. 2 § 2 de O. et A. 44, 7; l. 37 ad Sc. Treb. 36, 1.

Digitized by Google

Verhältniß des Mandatars zu seinem Auftraggeber ankommen. Es können zweitens die mit dem Dritten gewechselten Erklärungen — also das äußere Verhältniß — das alleinige Material zur Fällung der Entscheidung bilden. Möglich ist aber drittens auch, daß in dieser Frage ein vermittelnder Standpunkt einzunehmen wäre. Die meisten Schriftsteller folgen der zweiten Alternative; sie legen entscheidendes Gewicht auf die Art des Auftretens gegenüber dem Dritten, so Schliemann, Zimmermann, Unger, Bähr, Mommsen,[52] Karlowa,[53] Cosack[54] und in den Hauptpunkten auch Mitteis, der andererseits auch als Repräsentant einer vermittelnden Theorie angeführt werden kann.

Laband[55] berührt diese Frage nicht ausdrücklich, ist aber wohl abweichender Meinung; wenigstens erklärt er als entscheidend den Willen des Handelnden, also ein rein innerliches Moment. Indeß fügt er vorsichtiger Weise hinzu: „der Wille, welcher sich mit der äußeren Handlung organisch verbinde". Es ist möglich, daß er damit dem von der Mehrzahl der Schriftsteller vertretenen Standpunkt gerecht werden wollte. Denkbar und sogar wahrscheinlicher ist aber, daß er damit nichts Weiteres sagen wollte, als daß der rein innerliche Wille juristisch nicht zu beachten sei, daß er sich vielmehr irgendwie — wenn auch bloß im Verhältnisse nach Innen — äußerlich manifestiren müsse. Noch schwankender äußert sich Hasenöhrl.[56] Er giebt zwar zu, daß der juristische Stellvertreter auch als Bote auftreten könne, „bezweifelt aber füglich", daß er dadurch auch zum Boten werde, und daß die Sache dann in allen Beziehungen (Irrthum u. s. w.) so zu behandeln sei, als hätte der Prinzipal selbst den Willensentschluß gefaßt. Unzweifelhaft ist Hellmann ein energischer Gegner der herrschenden Doktrin, also der Erklärungstheorie, wie wir sie der Einfachheit halber[57] nennen wollen, weil sie die Grundlage ihres Aufbaues an erster Stelle den zwischen der Mittelsperson und dem Dritten gewechselten Erklärungen entnimmt. Als Anhänger der

[52]) Siehe die Litteraturangaben bei Hellmann S. 7 und S. 8.
[53]) „Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung" S. 52 Anm. 2.
[54]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts S. 216.
[55]) Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 10 S. 183 ff.
[56]) Das österreichische Obligationenrecht Bd. 1 S. 371 Anm. 8.
[57]) Die Bezeichnung ist nämlich nicht ganz korrekt.

Digitized by Google

v. Savigny'schen Selbsthandelnstheorie muß Hellmann den Unterschied zwischen einem Boten und einem Stellvertreter entweder ganz leugnen oder doch auf ein Minimum reduziren. Durch die Identifizirung der Wirkungen der Botschaft einer- und der Stellvertretung andererseits erhält er[58]) außerdem ein wichtiges Argument für den zweiten von ihm verfochtenen Fundamentalsatz, nämlich daß die direkte Stellvertretung bereits den Römern bekannt gewesen sei, weil diese in den Pandekten wiederholt mit dem Begriffe des nuntius operirt haben. Der Haupteinwurf aber, den Hellmann unter Berufung auf von Wächter der herrschenden Meinung macht, wurzelt darin, daß die von ihm befehdete Auffassung nothwendiger Weise zu einem Wortkultus führen müsse, der mit dem Geiste der deutschen Sprache und den Verkehrsanschauungen im Widerspruch stehe und zudem gänzlich unzuverlässige Resultate liefere. Auf Grund einer detaillirten kasuistischen Darstellung tritt er[59]) den Beweis an, daß sich die Grenzen zwischen dem Auftreten als Ueberbringer fremden Willens und als Selbstwollender ineinander verschlingen würden, sobald man auf äußere Momente sieht.

Das B. G. B. berührt dieses Problem nicht ausdrücklich; es enthält keine Legaldefinition des Boten, überläßt vielmehr die Feststellung dieses Begriffes der Wissenschaft. Bei bloß oberflächlicher Betrachtung scheint sich hier der bekannte und so oft erörterte Gegensatz geltend zu machen, der sich in der Irrthumslehre an die Worte „Erklärungstheorie" und „Willensdogma" knüpft,[60]) so daß man sich auch in unserer Materie nach der Entscheidung zu richten hätte, die das B. G. B. dort trifft. Dadurch würde sich allerdings die Sache sehr vereinfachen. Das Hauptgewicht wäre dann sicherlich auf die Art des äußeren Auftretens zu legen. Schon der erste Entwurf folgte trotz der gegentheiligen Versicherung seiner Verfasser in der Irrthumslehre keineswegs streng dem Willensdogma, durchbrach dasselbe vielmehr wiederholt und gerade an den wichtigsten Punkten. Die zweite Kommission korrigirte die Bestimmungen noch mehr zu Gunsten der Erklärungstheorie und im bewußten Gegensatz zu der vom Willensdogma beherrschten römisch-rechtlichen Auffassung. In dieser Form wurden ihre Vorschläge Gesetz. Mit dem Siege der Erklärungstheorie in der

[58]) S. 11 ff. seiner Schrift.
[59]) S. 9 ff.
[60]) Siehe darüber Motive Bd. I S. 189 ff.

Digitized by Google

Irrthumslehre ist indeß für unsere Frage direkt nichts gewonnen: der Gegensatz ist hier ein ganz anderer, als dort. Es handelt sich in der Lehre vom Boten keineswegs darum, daß Wille und Erklärung auseinanderfallen oder daß der eigentliche Wille der Parteien in Folge einer Hemmung oder Störung nur entstellt zum Ausdruck gekommen ist. Tritt ein Stellvertreter bewußt und absichtlich als Bote auf, so sind Wille und Erklärung einander vollkommen kongruent: von einem Irrthume des Erklärenden kann keine Rede sein. Auch ist es keineswegs der Erklärende, der sich darauf berufen will, daß die äußerlich gespielte Rolle dem inneren Verhältnisse nicht entspreche. Vielmehr prätendirt der Dritte das Recht, unter Außerachtlassung der gewechselten Erklärungen auf das innere — zwischen der Mittelsperson und ihrem Auftraggeber bestehende — Verhältniß rekurriren zu dürfen, indem er z. B. den von ihm geschlossenen Vertrag wegen Betrugs des angeblichen nuntius anficht und sich zu dem Nachweise erbietet, daß jener in Wahrheit ein Stellvertreter sei.

Allgemeine Prinzipien vermögen uns somit keinen Aufschluß zu geben. Es bleibt daher nichts Anderes übrig, als die Konsequenzen zu studiren, welche die beiden entgegengesetzten Anschauungen zeitigen, um an den Folgen zu erkennen, welche Theorie sich mit unseren Anschauungen von Gerechtigkeit und Billigkeit am Besten verträgt.

Hellmann[61]) wendet gegen die Erklärungstheorie ein, es würde nach ihr je nach der Form des äußeren Auftretens lediglich vom Bevollmächtigten abhängen, ob ein Rechtsgeschäft durch ihn als Vertreter oder als Bote abgeschlossen werden soll. In der That erregt es Bedenken, daß man auf diese Weise den Vertretenen trotz der Vorschrift des § 166 weder für den Dolus noch für das Wissen des vorsichtiger Weise im Gewande des Boten auftretenden Stellvertreters verantwortlich machen kann. Und doch erscheint nichts selbstverständlicher, als daß der Dominus, der die Fassung des rechtsgeschäftlichen Entschlusses in Wahrheit seinem Beauftragten überließ, auch die Fehler dieses Willens gegen sich gelten lassen muß, weil auf ihm auch seine Berechtigung beruht.[62]) Besonders überzeugend wirkt dieser Einwurf dann, wenn der Stellvertreter absichtlich seine Vollmacht verschwieg und die Rolle des willenlosen Instrumentes lediglich deshalb spielte, um

[61]) S. 11.

[62]) So auch Mitteis S. 126.

Digitized by Google

etwaige Einreden aus seiner Person abzuschneiden. Ist es nicht geradezu eine Prämie auf den Dolus, wenn das Gesetz den Dritten in einem solchen Falle der Kontraktsklage des Vertretenen gegenüber schutzlos lassen wollte?

Will man, um dieser Eventualität zu entgehen, die Frage, ob Bote, ob Stellvertreter, nach den inneren Beziehungen entscheiden, so gelangt man ebenfalls zu schiefen Resultaten. Räumt man dem Verhältniß zwischen Vollmachtgeber und -nehmer maßgebende Wirkung ein, so wird dadurch eine Ungewißheit in den Parteiverhältnissen erzeugt, die im Rechtsleben ein überaus störendes Moment bilden würde. Anstatt daß diejenigen Handlungen beachtet würden, welche dem Dritten gegenüber vorgenommen sind, und deren Tragweite dieser daher übersehen kann, käme es auf Abmachungen an, die sich seiner Kenntniß entziehen, bezüglich derer er vollkommen im Dunkeln tappt. Die Annahme, daß ein solcher Zustand Rechtens sein soll, widerspricht — wie die Opposition der Theorie und Praxis gegen das römische Willensdogma im analogen Falle zeigt — den Anforderungen einer gesunden Rechtspflege in so hohem Maße, daß man sich zu ihr nur dann bequemen könnte, wenn sie durch einen unzweideutigen gesetzlichen Ausspruch sanktionirt wäre. Dieser fehlt jedoch. Vielleicht würde man sich aber dennoch für berechtigt halten, sich über diese Bedenken hinwegzusetzen, wenn das Interesse des Dritten die ausschließliche Betonung des inneren Verhältnisses wirklich gebieterisch forderte. Allein gerade für ihn wäre eine solche Vorschrift ein Danaergeschenk. Was er auf der einen Seite gewinnt, büßt er auf der anderen wieder ein. Der Vertretene wäre dann berechtigt, die Situation, wie sie durch die nach Außen dem Dritten abgegebenen Erklärungen geschaffen ist, nachträglich dadurch vollkommen zu verändern, daß er nunmehr plötzlich geltend macht, der angebliche Stellvertreter sei in Wahrheit bloß ein Bote gewesen. Das hätte schwerwiegende praktische Konsequenzen. Unter dieser Voraussetzung würde es z. B. dem Geschäftsherrn nicht entgegengehalten werden können, daß die Mittelsperson beim Abschluß des Kaufes den Mangel des gekauften Thieres recht wohl gekannt, und daß der Dritte im Vertrauen darauf, es mit einem Stellvertreter und nicht mit einem Boten zu thun zu haben, die Anzeige an den Prinzipal selbst unterlassen hat. Mit Recht erklärt Mitteis[63]) Entscheidungen dieser Art für unannehmbar.

[63]) S. 123.

Digitized by Google

Es ist erklärlich, daß dieser Schriftsteller gerade aus dem Gefühl der Unbefriedigung über die bisherigen Theorien heraus es versuchte, beide zu modifiziren und zu verschmelzen. Er geht davon aus, daß juristisch nur jener Wille für das Rechtsgeschäft maßgebend sei, der es psychologisch erzeugt habe:[64]) einen anderen Willen werde man überhaupt nicht finden; ein vom psychologischen verschiedener „juristischer" Wille sei ein Phantom ohne Realität; der Inhalt des Rechtsgeschäfts werde durch den zu Grunde liegenden Willen bestimmt.[65]) Mit diesen Ausführungen steht er vollkommen auf dem Boden des Willensdogmas, wie wir es aus der Irrthumslehre her kennen. Der Accent wird auf das innere Verhältniß gelegt, weil sich nur aus ihm ersehen läßt, ob und inwieweit die Mittelsperson an der Formirung des Geschäftswillens Theil genommen hat. Mitteis verläßt diesen Boden, wenn er[66]) den weiteren Satz aufstellt, der dem Dritten gegenüber erklärte Wille entscheide, soweit das Vertrauen des Dritten geschützt werden müsse: „Der willenlose Stellvertreter, der selbsthandelnd auftritt, darf nicht nachträglich sagen, der Entschluß sei in Wahrheit vom Prinzipal gefaßt worden; der willenlose Prinzipal, der als beschließend hingestellt wird, darf nicht ex post diesen verschwiegenen Sachverhalt zum Nachtheil des Dritten herauskehren." Die Mitteis'sche Konstruktion charakterisirt sich also als das durch die Vertrauenstheorie modifizirte Willensdogma. Es ist aber nicht mit Sicherheit festzustellen, wie er sich das Ineinandergreifen beider Prinzipien eigentlich dachte. Insbesondere ist nicht klar, ob der Dritte zwischen beiden elektiv oder kumulativ wählen kann. Um die Frage durch ein konkretes Beispiel zu erläutern: B., der Generalbevollmächtigte des A., kauft, als nuntius auftretend, von C. das Pferd X., das einen nach den §§ 459, 481, 487 B.G.B. die Wandelungsklage erzeugenden Mangel aufweist; B. kannte den Mangel nicht, wohl aber A., dem B. vor Abschluß des Kaufes seine Absicht mitgetheilt hatte, für ihn das Pferd X. zu erstehen; beim Kaufabschluß betrügt B. den C. in Bezug auf die Höhe des Kaufpreises. Kann nun C. die Anfechtung des Vertrages wegen Betrugs des B. auf das Willensprinzip stützen, zugleich aber auch auf die Vertrauenstheorie

[64]) S. 117.
[65]) S. 272.
[66]) S. 123 ff.

Digitized by Google

rekurriren, soweit die Folgen des ädilicischen Mangels in Frage kommen [Kumulationsprinzip]? Oder darf er nur einen Standpunkt einnehmen, aber den wählen, welcher seinen Interessen am zuträglichsten ist [Elektivprinzip]? Gestattet man ihm die Kumulation, so kann er auf Grund der §§ 123, 124 zunächst den Vertrag wegen Betrugs anfechten, weil B. als Stellvertreter zu gelten hat; er kann aber auch gleichzeitig die gegen ihn gerichtete Redhibitionsklage des A. zu Fall bringen, indem er sich darauf beruft, daß B. lediglich als nuntius aufzufassen und daher seine Unkenntniß der unkontraktlichen Beschaffenheit der Waare ohne Einfluß sei, während der Prinzipal A. den Fehler gekannt habe. Es erheben sich außerdem die weiteren Fragen: Kann, wenn C. sich auf die Kenntniß des A. beruft, A. seinerseits ebenfalls einen ihm etwa unterlaufenen Irrthum oder sonstigen Willensfehler geltend machen, weil nun einmal der Gegner seine — des A. — Person in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt habe, oder darf C., trotzdem er zuerst erklärt hat, er betrachte die Mittelsperson lediglich als nuntius, in der Replik den Standpunkt einnehmen, in Wahrheit sei der Ueberbringer doch ein Stellvertreter gewesen, ein etwaiger Willensmangel des vertretenen A. sei also unerheblich? Ist ferner die einmal von C. abgegebene Erklärung, B. solle als nuntius oder als Stellvertreter oder als Beides gelten, unabänderlich, oder kann C. je nach der Prozeßlage seinen Standpunkt wechseln? Vergebens sehen wir uns nach dem Prinzip um, welches diese und ähnliche Zweifelspunkte entscheidet — ein bedenkliches Zeichen für die Richtigkeit der Theorie, die uns in Detailfragen schon so bald im Stich läßt und dadurch den Grund zu widersprechenden Entscheidungen legen würde. Dazu kommt noch, daß die Begründung, wie sie Mitteis[67]) giebt, nicht geeignet erscheint, sein Lehrgebäude zu tragen. Er geht nämlich davon aus, seine Behauptungen bedürften eigentlich keines Beweises, ihre Richtigkeit ergebe sich aus dem allgemeinen Grundsatze der Unzulässigkeit von Mentalreservationen. — Dagegen ist zunächst zu bemerken, daß hier, wo es sich lediglich darum dreht, daß die Zwischenperson in anderer Weise auftritt, als es dem inneren Verhältnisse entspricht, von einer Mentalreservation im eigentlichen Sinne wohl kaum die Rede sein kann. Allein selbst wenn man darüber hinwegsehen und sich für befugt erachten sollte, den § 116 B.G.B. analog an-

[67]) S. 123.

Digitized by Google

zuwenden, so folgt daraus mit nichten die Kombination, wie sie Mitteis lehrt, vielmehr nur, daß sich der Vertretene auf Momente, die dem Dritten nicht kundgegeben sind, auch nicht berufen kann. Eignet sich der Drittkontrahent das Mitteis'sche Argument an, so kann er sich demnach lediglich auf die mit der Mittelsperson gewechselten Erklärungen stützen, keineswegs aber — sei es kumulativ, sei es elektiv — auf das innere Verhältniß des Auftraggebers zum Auftragnehmer. Dieser kontraktliche Nexus darf von ihm ebensowenig zu seinen Gunsten ausgebeutet werden, wie etwa der Inhalt der Mentalreservation vom Erklärungsempfänger. Gegen Mitteis spricht auch, daß es auffallend wäre, wenn der Dritte sowohl die inneren wie die äußeren Beziehungen heranziehen dürfte, obgleich dies seinem Gegner verwehrt ist. Eine solche einseitige Begünstigung einer Partei bildet eine solche Ausnahme, daß man sie beim Mangel einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift nur dann als gewollt annehmen darf, wenn ihre Ablehnung zu Entscheidungen führt, die das Rechtsgefühl verletzen. In Wahrheit stützt denn auch Mitteis seine Lehrsätze weniger auf seine, wie wir sahen, dogmatisch bedenkliche Deduktion, als auf die Bedürfnisse der Praxis, mit denen die reine Erklärungstheorie angeblich in Widerspruch geräth.

Das kann aber keineswegs in dem Umfange zugegeben werden, in dem Mitteis es behauptet. Es ist, wie bereits hervorgehoben wurde, allerdings richtig, daß durch die Adoptirung der Erklärungstheorie der dolose Stellvertreter in die Lage versetzt wird, dem Drittkontrahenten die Betrugsklage und -einrede [68]) zu entziehen, indem er als bloßer Bote auftritt. Widerspricht denn aber auch wirklich die Möglichkeit eines solchen Mißbrauchs so sehr den sonst geltenden Prinzipien, daß man gezwungen ist, nach dem Vorschlage von Mitteis den Drittkontrahenten zu privilegiren, und die Beziehungen der Parteien, die unter Zugrundelegung der Aeußerungstheorie an und für sich klar und durchsichtig sind, dadurch zu verdunkeln, daß man dem einen Kontrahenten den Rückgriff auf einen ihm beim Vertragsschluß noch völlig unbekannten kontraktlichen Nexus gestattet? Meines Erachtens spricht für die Verneinung dieser Frage, daß auch sonst Jemand die Willensbildung einer von ihm unterstützten Partei arglistig zum Schaden der anderen beeinflussen kann, ohne daß die Rechts-

[68]) §§ 123, 826, 853 B.G.B.

Digitized by Google

ordnung gegen das so entstandene Rechtsgeschäft reagirt. Betheiligte sich der Arglistige weder als Stellvertreter noch als Bote, beschränkte er sich vielmehr darauf, der einen Partei Rath zu ertheilen, und veranlaßte er sie dadurch, das die Gegenseite schädigende Geschäft abzuschließen, so kann unzweifelhaft der Dolus des Rathgebers der berathenen Partei nicht entgegengesetzt werden. Das B. G. B. geht sogar noch weiter. Nach § 123 wird eine Anfechtung wegen Betrugs selbst dann nicht gewährt, wenn der Arglistige seine Thätigkeit nicht bloß auf die eine Partei beschränkte, sondern außerdem noch durch unwahre Vorspiegelungen die Gegenseite zum Abschluß gefügig machte. Gleichwohl war derjenige, der materiell den Kontrakt, so wie er schließlich zu Stande kam, gewollt hat, kein Anderer als der Arglistige. Unter dem Einflusse seines Rathes handelten die durch ihn mißleiteten Parteien wie sein Instrument. Weshalb gestattet das Gesetz dem Betrogenen dennoch nicht, sich der Kontraktsklage durch Erhebung der Dolus einrede zu entziehen? Weil äußerlich nicht der Arglistige, sondern der von ihm irregeleitete Kontrahent als Wollender auftrat. Wenn das Gesetz dem Geschädigten in einem solchen Falle die Einrede versagt und ihn[69]) auf die Deliktsklage gegen den illoyal Handelnden verweist, so kann es auch nicht auffallend erscheinen, daß es von demselben Prinzip ausgeht, wenn der Arglistige sich nach Außen hin als willenloses Werkzeug des gutgläubigen Kontrahenten präsentirte. Es besteht hier eine vollkommene Stufenleiter. Es steht fest, daß keine Anfechtung möglich ist, wenn der dolos Handelnde bloßer Rathgeber ist. Allerdings tritt er hier während der Geschäftsverhandlungen gar nicht hervor; man könnte einwenden, daß seine Person schon deshalb nicht berücksichtigt werden darf. Allein die rechtliche Situation verändert sich nicht dadurch, daß der Arglistige als vermittelnder Makler beider Theile fungirt; ein in diesem Charakter verübter etwaiger Dolus ist auf den Bestand des Geschäftes völlig einflußlos und macht ihn nur persönlich verantwortlich. Wenn man erwägt, wie leicht der Makler in den nuntius übergehen kann, wie fein die Nüanzirungen zwischen beiden Rechtsinstituten sind, so wird klar, daß man entweder die Anfechtung des Kontraktes wegen Dolus der Zwischenperson auch auf den durch einen unehrlichen Makler vermittelten Kontrakt ausdehnen oder zugeben muß, daß keine Veranlassung vorliegt

[69]) Siehe § 826.

Digitized by Google

die Sache beim Vorhandensein eines arglistigen Boten anders zu behandeln. Man erwäge weiter: Der Arglistige hat zunächst lediglich den Rathgeber gespielt; die von ihm berathene Partei hat ihn dann aber mit der Ueberbringung eines geschlossenen Briefes beauftragt, durch den der Vertrag perfizirt wurde, oder der arglistige Rathgeber war ein Telegraphenbeamter, der nur zufällig das den Kaufabschluß bethätigende Telegramm zur Expedition annimmt. Soll wirklich in diesen Fällen die Möglichkeit der Anfechtung gegeben sein? Ich möchte bezweifeln, ob Mitteis auch bejahend antworten würde. Stellt man sich aber einmal auf den negirenden Standpunkt, so muß man dieselbe Konsequenz auch für den Boten ziehen, der seine Bestellung nur mündlich ausrichtet. Wie bereits konstatirt, anerkennt das B. G. B. keinen Unterschied bezüglich beider Kategorien von Nuntien. Endlich darf man auch nicht übersehen, daß der Vortheil, welcher für die eine Partei darin liegt, daß sie sich auch auf den Dolus des bloß als Boten auftretenden Stellvertreters berufen dürfte, mit der Benachtheiligung des anderen Kontrahenten erkauft wird. Es handelt sich hier nicht einfach um eine Reaktion gegen einen wissentlichen Uebelthäter, sondern um den Interessenstreit zweier Parteien, die beide gleich gutgläubig sind. Man darf auch nicht ausschließlich daran denken, daß der Dienstherr der Zwischenperson sich durch die Aufrechterhaltung des Geschäftes einen Verdienst zu sichern gedenkt. Hat er vorgeleistet, und wird die Anfechtung zugelassen, so ist das Geschäft nach § 142 B. G. B. als von Anfang an nichtig anzusehen. Die Rückforderung des Vorempfanges richtet sich also nach den Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung. Nach § 818 Abs. 3 braucht vom Anfechtenden nur das herausgegeben zu werden, was zur Zeit der Inverzugsetzung oder der Klagerhebung noch da ist; für ein etwaiges Manko haftet der Pflichtige selbst im Falle einer culpa nicht. Und das alles, trotzdem der Gegner des Anfechtenden vollkommen guten Glaubens ist.

Nach alledem kann ich den von Mitteis gegen die Erklärungstheorie erhobenen Vorwurf der Inäquität ihrer Entscheidungen nicht für gerechtfertigt halten. Damit fällt die wichtigste Stütze der Willenstheorie. Keineswegs ist aber schon gesagt, daß jene erste Doktrin [70]) nunmehr adoptirt werden muß. Dazu bedarf es positiver Nachweise,

[70]) Die Erklärungstheorie.

Digitized by Google

während die Untersuchung bisher nur ein negatives Resultat gezeitigt hat, indem sie lediglich zeigte, daß das für die Willenstheorie Vorgebrachte ausschlaggebende Bedeutung nicht beanspruchen kann.

Zu positiven Feststellungen kann man erst dann gelangen, wenn man den Inhalt des § 164, insbesondere seines Absatzes 2, ins Auge faßt. Das B. G.B. geht davon aus, daß die Wirkungen der direkten Stellvertretung nur dann eintreten, wenn der Stellvertreter mit offener Vollmacht gehandelt hat, das heißt, wenn er entweder ausdrücklich erklärt hat, daß er im Namen des Vertretenen handle oder wenn die Umstände dies ergeben. Trat der Vertretungswille nicht erkennbar hervor, so besteht dann, wenn er wirklich im eigenen Namen handeln wollte,[71]) kein Zweifel darüber, daß der Dritte, mit dem kontrahirt wurde, sich auf die ihm nicht kundgegebene Vollmacht nicht berufen darf. Wie aber, wenn die Nichterwähnung der Stellvertreterqualität nur versehentlich unterblieb, oder wenn die Vollmacht von der Zwischenperson nicht kundgegeben wurde in der irrigen Meinung, dem Gegner sei sie wohl bekannt? Die Praxis nahm in allen Fällen, in denen nicht ausdrücklich oder konkludent erkennbar im Namen des Vertretenen kontrahirt wurde, unterschiedslos an, daß Berechtigungen und Verpflichtungen allein und nur in der Person des „verdeckt" handelnden Stellvertreters entstehen.[72]) Auch in der Theorie wurde die Frage zumeist ebenso entschieden; vergleiche statt aller Brinz in seinen Pandekten[73]) und Mitteis.[74]) Auf demselben Standpunkt stehen die Motive, die im Bande 1 auf Seite 225 ausdrücklich erklären, zu dem rechtsgeschäftlichen Handeln in Vertretung gehöre, daß der Vertretungswille kundgegeben werde. Ihnen hat sich die zweite Kommission angeschlossen. Bei der Besprechung des § 1646 wird in den Protokollen[75]) bemerkt: sei der Wille des Vaters, als gesetzlicher Vertreter für das Kind zu handeln, äußerlich nicht erkennbar, so könne auf einen rein innerlichen Vorgang kein Gewicht gelegt werden; daraus folge, daß Recht wie Pflicht nur

[71]) Man denke an den Kommissionär.

[72]) R.O.H.G. Bd. 4 S. 173; 13 S. 322, 328; 16 S. 356; 23 S. 57; Reichsgericht Bd. 2 S. 166; Seuffert's Archiv Bd. 42 Nr. 13.

[73]) 2. Aufl. Bd. 4 S. 340, 342, insbes. aber S. 369.

[74]) S. 138.

[75]) S. 6011.

Digitized by Google

in der Person des äußerlich selbsthandelnden Vaters entstehen. Wenn möglich noch schärfer findet sich die gleiche Anschauung bei der Motivirung des § 1381 B.G.B. ausgesprochen.[76]) Auch Rocholl[77]) und Planck interpretiren das Gesetz in diesem Sinne. Dagegen bemerkt Fischer,[78]) der Gegner könne auch den Vertreter in Anspruch nehmen, unbeschadet der Wirkung der Vertretung gegenüber dem Vertretenen und Dritten. Noch entschiedener als Fischer, dessen Worte auch eine andere Deutung zulassen, spricht sich Cosack[79]) aus. Nach ihm ist die Behauptung, die Mittelsperson habe das Geschäft thatsächlich im Namen eines Anderen abschließen wollen, keineswegs als unerheblich von der Hand zu weisen; ein solches Geschäft müsse vielmehr wirklich als ein in fremdem Namen geschlossenes behandelt werden und zwar auch im Verhältniß zwischen dem Vertretenen und der anderen Geschäftspartei. Den Einwand, daß die letztere dadurch in konkurrirende Rechtsbeziehungen sowohl zum Vertreter als auch zum Vertretenen geräth, sucht Cosack mit dem Einwand zu beseitigen, die dadurch entstehende Schwierigkeit sei nicht größer als z. B. bei den konkurrirenden Rechten des nicht eingetragenen wahren Eigenthümers und des Bucheigenthümers eines Grundstücks. Gegen diese Argumentation ist aber daran zu erinnern, daß nach § 892 B.G.B. zu Gunsten des gutgläubigen Dritten der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt, es sei denn, daß nach § 899 ein Widerspruch eingetragen ist. Letzteren Falles weiß der Erwerber, daß die Rechtslage des Bucheigenthümers eine prekäre ist; er kann also mit dieser Eventualität rechnen, während er bei einem durch einen verdeckten Stellvertreter abgeschlossenen Kontrakt durch die Cosack'sche Lehre in unklare und verwickelte Rechtsverhältnisse geräth, ohne es zu wissen und zu wollen. Und wie steht der Vertreter und der Vertretene zur Forderung? Nach § 420 B.G.B. müßte bei theilbarer Leistung die Obligation in zwei zerfallen, von denen die eine Hälfte dem Vertreter, die andere dem Vertretenen zusteht; bei untheilbarer Leistung würde an den Vollmachtgeber und -nehmer gemeinschaftlich zu leisten sein. Ferner: wer ist verpflichtet, der Vertretene oder der Vertreter? Nach § 420 würde sich der Dritte

[76]) Prot. S. 5241 ff.

[77]) „Vorschläge zur Abänderung des Entwurfs des B.G.B." S. 56, 57.

[78]) In seinem Komm. zum B.G.B. Anm. 7 zu § 164.

[79]) In seinem Lehrbuche des bürgerl. Rechts S. 218.

Digitized by Google

in der Mehrzahl der Fälle eine Theilung gefallen lassen müssen. Oder will man etwa auf Grund des § 427 eine Gesammtschuld konstruiren? Das wäre dem Wortlaute nach wohl kaum angängig. Das von Cosack selbst angeführte Beispiel spricht am Schärfsten gegen ihn. Er nimmt an, der aristokratisch aussehende Kourier eines russischen Fürsten bestelle in einem Gasthause Logis, ohne seinen oder des Fürsten Namen zu nennen; Nachmittags treffe der Fürst selbst ein und nehme die Zimmer in Benutzung. Nach Cosack soll dem Gastwirthe gegenüber sowohl der Kourier wie der Fürst solidarisch berechtigt und verpflichtet sein! Dabei ist vor allen Dingen übersehen, daß die ursprünglich allerdings unklare Sachlage später im Konsense aller Betheiligten dahin aufgeklärt ist, daß der Fürst als Kontrahent und zwar als alleiniger zu gelten hat. Das Gesetz bietet zu solchen auffallend komplizirten Entscheidungen keinen Anhalt; es geht davon aus, daß Jemand, der als Stellvertreter abschließen will, diesen Willen aber versehentlich nicht erklärt, sich an und für sich in einem wesentlichen Irrthume befindet, der ihn nach § 119 berechtigt, die Erklärung anzufechten. Diese Möglichkeit soll ihm aber durch unseren Absatz 2 abgeschnitten werden. Er wird also an seiner Erklärung festgehalten und haftet als Selbstkontrahent. Eben deshalb kann nun aber auch andererseits der Dritte, mit dem die Mittelsperson abgeschlossen hat, den Vertretenen nicht in Anspruch nehmen. Die Vollmacht, durch die die Wirkung der direkten Stellvertretung erzeugt wird, ist ihm nicht kundgegeben. Daß im Verhältnisse des Mandatars zum Mandanten eine Stellvertretung beabsichtigt war, kann er ebensowenig zu seinen Gunsten geltend machen, wie diese Thatsache zu seinem Schaden ausgebeutet werden darf, indem die Mittelsperson die Haftung aus dem Kontrakte abzulehnen versucht. Die Sache liegt genau so, als wenn ein Bevollmächtigter absichtlich es vorzieht, als Selbstkontrahent aufzutreten (Fall der sogenannten indirekten Stellvertretung).

Das Gesetz verweist also in der Vertretungslehre auf die Art des äußeren Auftretens als die alleinige Richtschnur: die Berücksichtigung der unterliegenden Verhältnisse ist prinzipiell ausgeschlossen. Der Analogieschluß, der sich daraus für die Entscheidung der uns beschäftigenden Frage ergiebt, ist unverkennbar. Gerade so gut wie der Stellvertreter, welcher absichtlich oder unabsichtlich als Selbstkontrahent aufgetreten ist, in allen Beziehungen als Selbstkontrahent

Digitized by Google

beurtheilt werden muß, so ist der sich nach Außen hin als nuntius Präsentirende nichts Anderes als ein Bote sowohl zu Lasten als auch zu Gunsten des Geschäftsherrn und des Dritten. Es ist in dieser Richtung bezeichnend, daß man sich auf Grund des § 164 zu Entscheidungen gezwungen sieht, welche die Willenstheorie in der Lehre vom Boten als unbillig ansieht.[80]) Wenn A. den B. durch arglistige Vorspiegelungen zum Abschluß eines bestimmten Vertrages geneigt macht und dann C. veranlaßt, diesen Vertrag als sein — des A. — Kommissionär, also auf eigenen Namen, wenn auch für Rechnung des A., abzuschließen, so ist es[81]) anerkannten Rechtens, daß B. das mit C. gethätigte Geschäft nicht deshalb anfechten kann, weil der Kommittent A. gegen ihn einen Dolus verübte. Auch hier entscheidet dem Dritten gegenüber dasjenige, was nach Außen hin erklärt ist: die nach Innen hin etwa bestehenden Beziehungen dürfen nicht berücksichtigt werden. Soweit das Verhältniß zum Dritten in Betracht kommt, hege ich daher kein Bedenken, mich der auch bisher bereits herrschenden Meinung anzuschließen und lediglich nach den zwischen dem Dritten und der Mittelsperson gewechselten Erklärungen zu entscheiden, ob wir es mit einem Stellvertreter oder mit einem bloßen Boten zu thun haben.

Dies Ergebniß stützt sich auf den § 164. Es kann folgerichtig auch nur insoweit richtig sein, als das Geltungsgebiet dieses Paragraphen reicht. Der Vorbehalt ist nothwendig, weil es fraglich sein kann, ob man auch in der Lehre vom Besitz- und Eigenthumserwerb den Accent auf das, was nach Außen hin erklärt ist, zu legen hat, oder ob nicht wenigstens in diesen Materien die innere Willensrichtung und insoweit auch das innere Verhältniß von entscheidender Bedeutung ist. Im gemeinen Recht bekämpften sich hier verschiedene Theorien.[82]) Ihering hatte für den Fall des Eigenthums- und Besitzerwerbes durch Stellvertreter zuerst gelehrt, daß der

[80]) S. oben bei der Besprechung der Theorie von Mitteis.

[81]) S. Staub, Kommentar zum H.G.B., 2. Aufl., § 10 zu Art. 360 S. 942 unten.

[82]) Um nicht in die Nothwendigkeit versetzt zu sein, weitschichtige Litteraturangaben machen zu müssen, verweise ich auf den Aufsatz von Lenel, „Stellvertretung und Vollmacht" in Ihering's Jahrbüchern Bd. 36 S. 1 ff., insbesondere S. 42 ff.

Digitized by Google

Stellvertreter nur dann für den Prinzipal erwerbe, wenn er als offener Stellvertreter gehandelt, also ausdrücklich im Namen des Prinzipals kontrahirt habe. Gegen diese Auffassung, welche, wie man sieht, nichts Anderes ist, als die konsequente Durchführung der uns ja schon bekannten Erklärungstheorie, erhob sich alsbald heftige Opposition, deren Wortführer Bremer wurde. Danach sollte für den Besitz- und Eigenthumserwerb maßgebend sein nicht der dem Tradenten erklärte, sondern der aus den Umständen zu ermittelnde innere Wille des Stellvertreters. Der Erklärungstheorie trat die Willenstheorie entgegen, die sowohl in der Theorie wie in der Praxis die Herrschaft errang.[83]) Aber auch diese Theorie blieb nicht unangefochten. Der innere Wille ist etwas schwer Konstatirbares; oft fehlt er sogar gänzlich. Schon Bremer und noch mehr die Praxis half sich daher mit Willensfiktionen. Aus den Umständen des Falles entnahm man, welche Willensrichtung nach der ganzen Sachlage die zweckentsprechende und den von der Mittelsperson übernommenen Verpflichtungen gemäße war, und substituirte dem Stellvertreter das Ergebniß dieser Operation als seinen Willen. Besonders beliebt war diese Methode dann, wenn die Mittelsperson sich kontraktlich verpflichtet hatte, für den Prinzipal zu erwerben.[84]) In solchen Fällen nahm man im Allgemeinen an, daß der Handelnde entsprechend seiner Verpflichtung beabsichtigt habe, die im eigenen Namen erstandenen Objekte lediglich als Detentor des Prinzipals, also für diesen, zu besitzen. Auf diese Weise ließ sich dann ein direkter Erwerb für den Dominus konstruiren, wenn und insoweit es das praktische Bedürfniß zu fordern schien. Auf die Dauer konnten solche Argumentationen, durch die nur scheinbar das Prinzip gewahrt wurde, nicht befriedigen. Dazu kam noch die Erwägung, wie mißlich es sei, eine so wichtige Sache wie den Eigenthumserwerb von der Nachprüfung des verborgenen inneren Willens einer Partei abhängig zu machen. Die Sicherheit der Rechtsanwendung mußte unter der Herrschaft einer rein subjektiven Theorie nothwendig schwer leiden. Man sah sich daher nach objektiven Merkmalen um. Als ein solches erklärte Jhering unter Zurücknahme seiner früheren Ansicht das Interesse: Hatte der Vertreter ein Interesse daran, den Besitz und das Eigenthum vorerst sich selbst zu erwerben, so sollte er zunächst Eigen-

[83]) Siehe die Citate bei Lenel S. 13 Anm. 1.
[84]) Siehe Lenel S. 75.

Digitized by Google

thümer werden, sonst sein Auftraggeber. Aber auch das erschien noch nicht als genügend, denn die Interessen sind je nach der Sachlage verschieden; der von Ihering an die Hand gegebene Maßstab konnte daher eine Einheitlichkeit der Entscheidungen nicht verbürgen. Lenel[85]) setzte daher an die Stelle des konkreten Interesses das typische, ein Standpunkt, dem Ihering übrigens nicht ganz so fremd gegenübersteht, wie Lenel anzunehmen scheint. Es wurden folgende Sätze formulirt:

1. Wer im Auftrage eines Andern Besitz erwirbt auf Grund eines für diesen bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigenthum für diesen Andern;

2. Wer, sei es auch im Interesse und im Auftrage eines Andern, Besitz erwirbt auf Grund eines für ihn selbst bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigenthum für sich selbst.

Danach käme es in erster Linie auf das obligatorische Verhältniß an, welches die causa der Tradition bildet. Da nach § 164 B.G.B. für den Prinzipal ein kontraktlicher Nexus nur begründet wird, wenn die Mittelsperson als offener Stellvertreter handelt, so würde die Lenel'sche Theorie im Wesentlichen darauf hinauskommen, daß der als verdeckter Stellvertreter Handelnde zunächst für sich erwirbt, der offene dagegen direkt für den Prinzipal. So hat sich die gemeinrechtliche Doktrin bei ihrer Entwickelung durch die verschiedenen Phasen wieder dem Anfangspunkte — der Erklärungstheorie — genähert, nachdem sie zuerst mit dieser radikal gebrochen hatte.

Wenn wir feststellen wollen, ob sich die Anwendbarkeit des § 164 B.G.B. im neuen Gesetzbuche auch auf das Gebiet der dinglichen Rechte erstreckt, so muß die Untersuchung, um zu klaren Ergebnissen zu gelangen, für die Besitzlehre einer- und die Eigenthumslehre andererseits separat geführt werden. Wir wollen uns zunächst mit der ersteren beschäftigen.

Der Entwurf I unterschied — ähnlich wie das gemeine Recht zwischen dem juristischen Besitz und der Detention — zwischen Besitz und Inhabung. Besitz war ihm dasjenige thatsächliche Verhältniß zu einer Sache, welches entstand, wenn man die faktische Gewalt mit dem

[85]) S. 57.

Willen erworben hatte, die Sache als die seinige zu haben. Die Inhabung wurde als die thatsächliche Gewalt definirt. Uns interessirt hauptsächlich, daß nach § 801 E. I auf den Besitzerwerb diejenigen Vorschriften entsprechende Anwendung finden sollten, welche sich auf die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften bezogen. Dazu gehörte zweifelsohne auch der jetzige § 164. Bezüglich der Inhabung fehlte es an einer entsprechenden Vorschrift. Indessen findet sich in den Motiven[86]) die Bemerkung, daß der Inhabungswille gerade im Falle der Tradition ein Analogon des Besitzwillens bilde; es seien daher die den Besitzwillen betreffenden Vorschriften auf den Inhabungswillen entsprechend anwendbar, insbesondere die Vorschriften über Vertretung. Durch die Motive zieht sich überhaupt die Anschauung, daß auf eine Rechtshandlung, wie sie der Erwerb der Inhabung unzweifelhaft ist, die Vorschriften über Rechtsgeschäfte analog anwendbar sind.[87]) Die Kritik hat sich der im § 801 vorgeschlagenen Regelung nicht widersetzt. Wendt[88]) und L. Goldschmidt[89]) verlangen zwar die Streichung des § 801 E. I, aber im Wesentlichen deshalb, weil er überflüssig sei: Wissenschaft und Praxis würden selbst entscheiden können, wie weit sich die auf das Rechtsgeschäft bezüglichen Vorschriften zur analogen Anwendung eigneten. Zitelmann[90]) empfahl Delirung des Wortes „entsprechende" vor „Anwendung", um der Entscheidung der Wissenschaft darüber nicht vorzugreifen, ob analoge oder direkte Anwendung der Vorschriften über die Stellvertretung geboten sei. Meischeider[91]) beanstandete lediglich die Herübernahme der Regeln über den falsus procurator: Es hat also keiner der vier Opponenten dagegen etwas erinnert, daß der Besitz bei offener Stellvertretung dem Vertretenen, bei verdeckter dem Stellvertreter erworben werde.

Die zweite Kommission nahm in der Besitzlehre radikale Aenderungen vor. Der Begriff des „juristischen Besitzes", wie ihn die gemeinrechtliche Doktrin lehrte, verschwand. An seine Stelle trat die Inhabung des ersten Entwurfs, welche nunmehr auch den Namen

[86]) Bd. 3 S. 92.
[87]) Siehe Motive Bd. 3 S. 83, Bd. 3 S. 8, insbes. aber Bd. 1 S. 127.
[88]) Archiv für die civ. Praxis Bd. 74 S. 160.
[89]) In seinen kritischen Erörterungen S. 131, 132.
[90]) In den Bekker-Fischer'schen Beiträgen Heft 7/8 S. 20.
[91]) „Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurf" S. 87, 88.

Digitized by Google

„Besitz" erhielt. Der § 801 E. I wurde gestrichen. Dadurch vereinfacht sich die Frage, für wen der Besitz erworben wird, wenn eine Zwischenperson handelnd auftritt, ganz außerordentlich. Der Mittelsmann — mag er im eigenen oder fremden Namen kontrahiren — wird selbst Besitzer und zwar auch dann, wenn er gar nicht den Willen hatte, Eigenbesitzer zu werden;[92]) der Vertretene wird höchstens mittelbarer Besitzer.[93])

Von dieser Regel giebt es jedoch eine, allerdings sehr wichtige Ausnahme: Ist der Erwerber Besitzdiener im Sinne des § 855 B. G.B., so ist nicht er, sondern sein Dominus Besitzer. Der Besitzdiener — hyperbolisch wohl auch Besitzsklave genannt — hat nach § 860 B. G.B. nur das Recht der Selbsthülfe gegen einen den Besitzstand angreifenden Dritten; weitere Rechte stehen ihm nicht zu.

Daran knüpft sich naturgemäß die Frage, ob das Auftreten des Besitzdieners nach außen hin über seine Stellung zur Sache entscheidet, oder ob Momente, die dem inneren Verhältnisse entnommen werden müssen, bei der Beurtheilung als maßgebend zu Grunde zu legen sind. Wer ist Besitzer, wenn der Diener im eigenen Namen einkauft, ohne seinen Herrn zu erwähnen? Die Protokolle der zweiten Kommission geben über diesen Punkt keine Aufklärung. In den Ausführungen, welche die Streichung des § 801 E. I motiviren,[94]) wird zunächst konstatirt, daß in den Fällen des § 855 durch den Besitzdiener eine Willensvertretung stattfinden kann, auf welche die Vorschriften über die Willensvertretung bei Rechtsgeschäften Anwendung zu finden hätten. Eine dahin zielende ausdrückliche Vorschrift hielt man aber nicht für nöthig, weil man nicht besorgte, daß diese Analogie verkannt werden würde. Die uns interessirende Frage wird hier nicht gestreift; es handelt sich im Wesentlichen um die Feststellung, daß dem Herrn der Besitz verschafft werden kann, auch ohne, daß er Spezialkenntniß von dem Erwerbe hatte: ignoranti adquiritur possessio. Immerhin ergiebt sich aus jenen Ausführungen etwas, was auch für uns wichtig ist: als entscheidend wird der Wille des Besitzdieners hingestellt, also etwas, was nicht dem äußeren Auftreten angehört.

[92]) § 872 B. G.B.
[93]) § 868 B. G.B.
[94]) S. 3344.

Digitized by Google

Es dürfte denn auch meines Erachtens gleichgültig sein, wie sich der Erwerber nach Außen hin gerirt hat. Man muß sogar noch weiter gehen: Nicht der subjektive Wille des Vertreters entscheidet darüber, ob er als Besitzer oder bloß als Besitzdiener fungirt, sondern die kontraktlichen Beziehungen, die ihn mit dem Dominus verknüpfen, also ein objektives, von seiner Willkür unabhängiges Moment.

Man muß zunächst beachten, daß die Anerkennung des Dominus als des Besitzers nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch gegenüber dem Angestellten selbst von Wichtigkeit ist. Kann etwa ein Dienstmädchen in irgend einer Beziehung hinsichtlich der ihr von ihrer Herrschaft anvertrauten Sachen Besitzesschutz verlangen, auch wenn sie den Entschluß faßt, nunmehr nicht mehr für die Herrschaft, sondern für sich zu besitzen? Verweist das Recht die Hausfrau, der die erzürnte Köchin die Herausgabe des Geschirrs weigert, auf den Prozeßweg? Muß der Kaufmann es sich zunächst gefallen lassen, daß sein Kommis ihm die Waare vorenthält, die seiner Obhut übergeben ist? Ist er, um sich wieder in den Besitz seines Eigenthums zu setzen, wirklich gezwungen, gegen ihn die Kontrakts- oder Eigenthumsklage anzustrengen, anstatt die in seinem Geschäft hervorgerufene Unordnung auf dem Wege der Selbsthülfe zu beseitigen? Man braucht diese Fragen nur aufzuwerfen, um die richtige Antwort zu finden: Die wahren Besitzer sind die Hausfrau, der Kaufmann; die Köchin, der Kommis sind die Besitzentzieher, deren verbotene Eigenmacht nach § 859 mit Gewalt zurückgewiesen werden kann. Andernfalls würden die Arbeitgeber der Willkür ihrer Untergebenen ausgesetzt sein. War das der legislative Grund, welcher dahin führte, den Dominus und nur ihn als Besitzer anzuerkennen, so wird man ebenso zu entscheiden haben, wenn der Besitzdiener die Sachen für die Herrschaft einkauft, dabei aber nach Außen hin selbständig auftritt. In den Protokollen[95]) wird der Herrschaft — nicht dem Dienstboten — der Besitz zugeschrieben, wenn der Dienstbote „für" die Herrschaft Einkäufe macht. Bei der Mehrdeutigkeit des Ausdrucks „für die Herrschaft" kann dem Wortlaute nach allerdings auch der Fall gemeint sein, daß ausdrücklich im Namen der Herrschaft kontrahirt wurde. Nach dem Zusammenhange ist das freilich nicht grade wahrscheinlich; immerhin kann man sich wegen der nicht ganz präzisen Redewendung nicht ohne Weiteres auf

[95]) S. 3341.

Digitized by Google

die Protokolle dafür beziehen, daß der Besitzerwerb für die Herrschaft auch dann eintritt, wenn der Besitzdiener nach Außen hin diese seine Qualität nicht erkennbar gemacht hat. Wichtiger ist, daß das Gesetz, nachdem der § 801 E. I gestrichen ist, keinen direkten Anhalt mehr für eine Konstruktion bietet, nach der die Zwischenperson wegen der nach Außen hin selbständigen Art ihres Auftretens Dritten gegenüber als Besitzer, nach Innen hin dagegen als bloßes Besitzwerkzeug ohne eigenen Besitzesschutz anzusehen wäre. Eine solche Duplizität der Stellung würde die Klarheit und Durchsichtigkeit der Besitzlehre aufs Empfindlichste stören. Die feste Basis, die durch Verwerfung der römisch-rechtlichen Besitztheorie mühsam erobert ist, käme bedenklich ins Wanken, wenn etwa die Köchin, die beim Einkauf versehentlich den Namen der Herrschaft nicht nennt, als Besitzerin anerkannt werden müßte. Soll etwa sie gerichtlich klagen, wenn ihr die Gans auf dem Nachhauseweg entrissen wird? Eine Klage der Herrschaft müßte man konsequenter Weise ausschließen, weil sie den Besitz durch den Einkauf und die Apprehension abseiten der Köchin nicht erworben hat. Man sieht sofort, welche störenden Folgen eine solche zwiespältige Auffassung auch im inneren Verhältnisse nach sich ziehen würde. Kauft der Diener, wenn auch im Auftrage des Herrn, so doch im eigenen Namen ein, so wäre nur er, nicht der Herr zur Geltendmachung der possessorischen Klage befugt. Ja! der Herr würde nicht einmal das Recht der Selbsthülfe nach § 859 haben;[96]) er könnte höchstens innerhalb der durch § 227 normirten engen Schranken der Nothwehr seine Interessen vertheidigen. Es liegt ohne Weiteres auf der Hand, daß solche Berechtigungen nicht zu der abhängigen Stellung eines Dieners oder einer Köchin passen. Wie eigenthümlich wäre es, wenn die Rechtsordnung diesen Personen, welche an der Erhaltung des Besitzstandes regelmäßig kein eigenes Interesse haben, die Besitzklagen geben würde, sodaß der Dominus sich ihrer erst nach stattgehabter Cession bedienen könnte. Nicht einmal den Vortheil hat die hier bekämpfte, von der Art des äußeren Auftretens auf die Besitzstellung schließende Anschauung, daß sie den Besitzstand nach einem leicht feststellbaren Momente regelt. Denn irgend wann muß doch auch sie anerkennen, daß die Zwischen-

[96]) § 869 B. G. B. bezieht sich nur auf §§ 861, 862 und nicht auf § 859. Diese Frage ist indeß bestritten, viele Schriftsteller geben auch dem mittelbaren Besitzer das Recht der Selbsthülfe nach § 859.

Digitized by Google

person die Besitzstellung verliert, sich in einen Besitzdiener verwandelt und daß die Herrschaft nunmehr den Besitz ausübt. Wann ist dieser Zeitpunkt gekommen? Wenn der Diener die Sachen dem Herrn übergiebt? Gebraucht der Herr die Sachen nicht selbst, so wird eine Tradition an ihn persönlich vielleicht niemals vorkommen. Knüpft man aber den Besitzerwerb des Herrn an den Moment, in welchem die Sache ins Haus gebracht wird, so ist wiederum nicht zu verstehen, weshalb gerade dieser Zeitpunkt maßgebend sein soll. Nach § 854 wird der Besitz einer Sache durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. Ist sie weniger in meiner Gewalt, wenn sie in der Hand meines Dieners ist, auch wenn sie sich noch nicht innerhalb der Mauern meines Hauses befindet? Verliere ich etwa den Besitz meines Pferdes, wenn mein Reitknecht mit demselben im Freien — außerhalb meines Hofes — spazieren reitet?

Eins ist allerdings zuzugeben. Eine Theorie, welche den direkten Besitzerwerb der Herrschaft auf den Willen des Besitzdieners stellen, also rein subjektivistisch danach entscheiden wollte, ob der Besitzdiener beim Einkauf innerlich die Absicht gehabt hat, den sofortigen Erwerb für die Herrschaft zu bewerkstelligen, würde die Sicherheit der Rechtsanwendung empfindlich beeinträchtigen, weil es unter dieser Voraussetzung an einem faßbaren unzweideutigen Entscheidungsmerkmale fehlen würde. Diesen Einwand vermeidet eine Theorie, welche auf Grund einer objektivistischen Anschauung lehrt, daß die im § 855 genannten Personen ihre Stellung in der Besitzlehre nicht einfach dadurch alteriren können, daß sie plötzlich den Eigenbesitzerwillen annehmen. Zu einer so exorbitanten Berücksichtigung eines rein innerlichen Faktors bietet der Wortlaut des § 855 keinen Anlaß. Es kommt vielmehr einfach darauf an, ob rechtlich ein Verhältniß besteht, vermöge dessen jene Personen den sich auf die Sache beziehenden Weisungen Folge zu leisten haben, nicht darauf, ob sie auch innerlich entschlossen sind, dieser Gehorsamspflicht zu entsprechen. Die Protokolle scheinen mit der Auslegung des § 855 auf demselben Standpunkt zu stehen. Sie bezeichnen als entscheidend, daß demjenigen, welcher den Besitz für den Anderen ausübe, kein civilrechtlicher Anspruch auf Behalten des Besitzes, insbesondere auch kein Retentionsrecht gegenüber dem Besitzherrn zusteht;[97]) es bedürfe immer

[97]) S. 3341.

eines besonderen rechtlichen Umstandes, kraft dessen der thatsächliche Besitz des Einen auf einen Anderen bezogen werde; dies Rechtsverhältniß sei eben in dem § 855 bezeichnet.[98]) — Nicht rein subjektives Wollen und Meinen, sondern objektiv bestehende Civilrechtsansprüche werden hier als entscheidend hingestellt. Das entspricht einer allgemeinen Tendenz des B. G. B. Auch beim constitutum possessorium[99]) geht die Besitzveränderung parallel mit dem faktischen Bestehen eines Rechtsverhältnisses und geschieht keineswegs durch abstrakte Aenderung des Besitzwillens. Aehnliche Hinweise auf eine die objektiven Faktoren betonende Konstruktion finden sich auch beim mittelbaren Besitzer. Von ihm heißt es,[100]) zwar übe er die thatsächliche Gewalt über die Sache nicht aus, er habe aber auch andererseits wegen des mit dem Besitzvermittler bestehenden Rechtsverhältnisses seine thatsächlichen Beziehungen zur Sache nicht gänzlich aufgegeben. Hat der mittelbare Besitzer eine Rechtsposition vorsichtiger Weise zurückbehalten, so kann sie ihm auch offensichtlich nicht durch einen bloßen Willensakt des Gegners entzogen werden;[101]) sie wird auf den kontraktlichen Nexus gestützt, dessen Rechtsbestand durch einen Kontraktsbruch nicht erschüttert wird. Es ist zuzugeben, daß die angeführten Punkte nur als Indizien verwerthet werden können; einen direkten Beweis liefern sie nicht. Dagegen ist von ausschlaggebender Bedeutung für die Auffassung, von welcher die zweite Kommission gerade bei der Beschlußfassung über den § 855 ausging, eine Bemerkung, die sich auf S. 3341 im unmittelbaren Anschluß die ersten Erörterungen[102]) findet, wodurch zugleich auch deren Sinn in das rechte Licht gerückt wird. Man erwog nämlich die Schwierigkeit, welche dadurch erwächst, daß unser Paragraph es „auf das Rechtsverhältniß abstellt, in dem sich der Inhaber zum Besitzherrn befindet"; auf diese Weise werde nämlich in den Besitzprozeß die Rechtsfrage hineingezogen, und so eine Komplikation erzeugt, die unter Umständen zu einer Verschleppung des Prozesses führen könne. Diesem eventuellen Nachtheile gegenüber wird von der Majorität nachdrücklich der Gewinn betont, der daraus erwächst, daß

[98]) S. 3343.
[99]) § 930 B. G. B.
[100]) S. 3728.
[101]) Siehe auch unten Text zu Anm. 107 ff.
[102]) Siehe Text zu Anm. 97 und 98.

Digitized by Google

„sich die Ordnung der Besitzverhältnisse an ein einfaches und in der Regel leicht und sicher festzustellendes Kriterium anschließe". Dem kann man sich nur anschließen. Es würde in der That zu einer bedauerlichen Unsicherheit führen, wenn man es dem Dienstboten, der noch sein Amt versieht,[103]) gestatten wollte, durch eine frivole und den Rechtsbeziehungen widersprechende Aenderung seines Willens die bisherigen Besitzverhältnisse total umzugestalten und sich da als Besitzer zu konstituiren, wo er bisher nur Besitzdiener war.

Dem gegenüber kann es m. A. n. nicht darauf ankommen, daß sich in den Protokollen auch Anklänge an eine andere Auffassung finden. Nach § 813 E. I konnte der Detentor dem juristischen Besitzer, für welchen er bisher die thatsächliche Gewalt ausgeübt hatte, den Besitz dadurch entziehen, daß er diesem gegenüber den Willen erklärt, die thatsächliche Gewalt nicht mehr für ihn ausüben zu wollen. Eine solche Bestimmung steht ihrem ganzen Wesen nach im schroffen Gegensatze zu der hier vertheidigten objektiven Theorie, nach der es auf den Willen des Detentors nicht ankommt. Der Paragraph wurde denn auch gestrichen, aber mit folgender Motivirung:[104]) in den Fällen des § 855 B. G. B. sei die Regel des soeben referirten § 813 insofern selbstverständlich, als es auf den Willen des Besitzdieners nicht ankomme, und lediglich nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden sei, ob durch Handlungen des Besitzdieners der Besitz des bisherigen Besitzers verloren gegangen sei. Auf Grund dieser Deduktion wird die Bestimmung des Entwurfs I als überflüssig und nicht völlig zutreffend bezeichnet. — Es ist mir nicht gelungen, den wahren Sinn dieser Ausführungen zu ermiren. Die Bedeutung des § 813 E. I kann seinem Wortlaute nach nicht zweifelhaft sein. Zum Ueberfluß wird er in den Motiven[105]) noch dahin erläutert, daß die Lossagung des Inhabers von der Vertretung im Besitze durch bloße Aenderung seines Willens möglich ist; allerdings wird verlangt, daß die Umwandlung der bisherigen Gesinnung dem bisherigen juristischen Besitzer gegenüber erklärt wird. Danach ist die Behauptung der Protokolle nicht verständlich, die Regel des § 813 E. I rechtfertige sich insofern, als es

[103]) Nur von diesem wird hier gesprochen, siehe unten S. 374 Zeile 13 von oben.

[104]) S. 3350, 3351 der Protokolle.

[105]) Bd. 3 S. 107, 108.

Digitized by Google

auf den Willen des Besitzdieners nicht ankomme. Sein Wille ist ja nach dem, was wir soeben an der Hand des ersten Entwurfs auf Grund des § 813 festgestellt haben, gerade das Wesentliche. Richtiger wäre es gewesen, wenn die Protokolle sich für die Streichung des § 813, soweit er sich auf den Besitzdiener bezieht, deshalb entschlossen hätten, weil diese Vorschrift mit dem Prinzip der Besitzdienerschaft, wonach nicht der Wille des Besitzdieners, sondern das objektive Bestehen eines kontraktlichen Verhältnisses entscheidet, unverträglich ist. Ferner bleibt zweifelhaft, welches die „allgemeinen Grundsätze" sind, nach denen sich der Besitzverlust entscheidet. Inwieweit war der § 813 „überflüssig", und dennoch „nicht völlig zutreffend"? Wäre er überflüssig, so entscheidet auch im B.G.B. der Wille oder richtiger gesagt die Willkür des Dienstboten über die Besitzstellung der Herrschaft und zwar nicht bloß beim Erwerb neuer Sachen, sondern auch hinsichtlich derjenigen Sachen, die seiner Obhut anvertraut sind. Der Paragraph ist ja aber „nicht völlig zutreffend"? Waren etwa die Verfasser des zweiten Entwurfs der Ansicht, daß, wie im gemeinen Recht, jede Willenskundgebung des Dienstboten genügt, welche klarstellt, daß er nunmehr für sich detiniren wolle? Ist also auch von dem Erforderniß abzusehen, daß eine Willensäußerung gegenüber der Herrschaft erfolgen muß? Das würde die Verwirrung nur noch steigern. Mit Recht machen die Motive[106]) darauf aufmerksam, wie schwer der Vertretene benachtheiligt würde, wenn ihm sein Besitz durch einen nicht zu seiner Kenntniß gekommenen Willensakt des Besitzdieners entzogen werden könnte. Und doch sehe ich, nachdem der § 813 E. I einmal gestrichen ist, keine Möglichkeit, an dieser praktisch so nothwendigen Beschränkung festzuhalten, wenn man nun einmal vom Willensdogma ausgeht. Jetzt fehlt im B.G.B. jeder Anhalt, den Besitzverlust erst dann eintreten zu lassen, wenn der bisherige Besitzer die Willensänderung seines bisherigen Vertreters erfährt. Diese extreme Konsequenz wird aber selbst vom ersten Entwurf abgelehnt, der doch sonst in diesem Punkte unter der Herrschaft des Willensdogmas steht.

Dasselbe Problem wie bei der Besitzdienerschaft findet sich beim mittelbaren Besitze: Kann der Besitzvermittler dem mittelbaren Besitzer die Besitzvortheile dadurch entziehen, daß er den

[106]) Bd. 3 S. 108.

Digitized by Google

von ihm im Besitze Vertretenen nicht mehr als Eigenbesitzer anerkennt? Liest man die Protokolle, so gewinnt man den Eindruck, daß lediglich das objektive Bestehen des Rechtsverhältnisses entscheiden soll, vergleiche Seite 3731, wo die Idee, welcher der § 868 seine Entstehung verdankt, dahin präzisirt wird: es müsse eine gewisse Gruppe von Personen geschützt werden, welche zwar die Ausübung der unmittelbaren Gewalt einem Anderen überlassen hätten, die aber in Folge des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen die Besitzüberlassung erfolgt, noch in einer gewissen Beziehung zur Sache geblieben seien.[107]) Es ergiebt sich das ferner aus den beiden Theorien, mit denen man[108]) dogmatisch den Schutz des mittelbaren Besitzers zu begründen suchte. Nach der einen giebt der Vermiether und Verpächter seinen Besitz nicht vollständig aus der Hand. Ist das richtig, so kann selbstverständlicher Weise das bei ihm zurückgebliebene Besitzrecht durch den bloßen Willensentschluß des Besitzvermittlers ebensowenig berührt werden wie sonst irgend ein Recht, das zurückbehalten wurde. Nach der anderen in den Protokollen ebenfalls zur Wahl gestellten Konstruktion ergiebt sich ein schutzwürdiges Interesse des mittelbaren Besitzers daraus, daß dem Besitzvermittler die thatsächliche Gewalt nur auf Zeit und mit der Bestimmung überlassen sei, daß sie nach Beendigung des obligatorischen Verhältnisses wieder auf den Konstituenten übergehe. Es wird also auch hier indirekt die Unabhängigkeit des Schutzes des mittelbaren Besitzers von dem Willensentschluß des Miethers, Pächters ꝛc. proklamirt. Ebenso wird in den weiteren dort sich findenden Ausführungen das Rechtsverhältniß als solches, sein objektives Bestehen urgirt. Besonders bezeichnend ist aber Folgendes. Nach § 804 des ersten Entwurfs konnte der mittelbare Besitz[109]) nur dadurch übertragen werden, daß der Vermiether den Miether anwies, die thatsächliche Gewalt fortan für den Erwerber auszuüben; die Besitzposition wurde nicht erworben, wenn der Miether der Uebertragung widersprach. Sein — des Miethers — Wille entschied also über die Rechtswirksamkeit

---

[107]) S. darüber oben S. 369.

[108]) S. 3731, 3732, 3737 der Protokolle.

[109]) Genauer: Der Besitz, bei dem ein Anderer als der Besitzer für diesen die Inhabung ausübte. Der mittelbare Besitz des § 868 ist erst eine Schöpfung der zweiten Kommission.

Digitized by Google

der Uebertragung. Bezeichnender Weise nahm die zweite Kommission[110]) eine radikale Aenderung vor. Sie erachtete die bloße Abtretung des Anspruchs des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer auf Einräumung des Besitzes für genügend. Von einer Anzeige an den Besitzvermittler oder gar von der Möglichkeit, daß dieser durch seinen Widerspruch die Uebertragung des mittelbaren Besitzes vereiteln könne, ist keine Rede; sein Willensentschluß ist irrelevant; alles Gewicht wird auf die faktische Existenz eines kontraktlichen Nexus zwischen dem mittelbaren Besitzer und dem Besitzvermittler gelegt. Mit dem bisher Gesagten kontrastirt nun allerdings eigenthümlich eine Bemerkung, die sich auf Seite 3738 der Protokolle mitten zwischen diesen Erörterungen findet. Es war[111]) folgende Bestimmung beantragt worden:

Der mittelbare Besitz wird dadurch, daß der Vertreter im Besitze den Eigenbesitzer als solchen nicht mehr anerkennt, erst dann beendigt, wenn der Vertreter im Besitz dies dem Eigenbesitzer erklärt.

Dieser Antrag wurde nicht angenommen, aber nicht etwa deshalb, weil man ihn für falsch hielt — das würde mit der von mir entwickelten Ansicht übereinstimmen — sondern umgekehrt deshalb, weil er im Wesentlichen selbstverständlich sei;[112]) auch sei die Vorschrift nicht ganz richtig; man könne nicht allgemein sagen, daß der mittelbare Besitz in Folge der Nichtanerkennung durch den Besitzvermittler nur nach erstatteter Anzeige verloren ginge; der Verlust könne auch dadurch eintreten, daß der unmittelbare Besitzer in einer den mittelbaren Besitz ausschließenden Weise über die Sache verfüge. — Hier offenbart sich eine Anschauung, die diametral derjenigen entgegengesetzt ist, welche wir zuerst kennen gelernt haben. Da sie aber in Folge der Nichtannahme jenes Antrags keinen Ausdruck im Gesetze erhalten hat, so bin ich auch hier der Meinung, mich ebenso wie bei der Besitzdienerschaft der objektiven Theorie anschließen zu sollen, und zwar — abgesehen von praktischen Erwägungen und dem Wortlaute des § 868 — auch noch auf Grund des § 870. Kann der mittelbare Besitz übertragen werden, ohne daß der Besitzvermittler diese Transaktion zu kennen braucht, so erhellt deutlich, daß auf sein Wollen nichts ankommt. Nach

[110]) Prot. S. 3737.

[111]) Prot. S. 3725 als Antrag 3 § b Abs. 2.

[112]) Ist selbstverständlich etwa auch die Anzeige? In diesem Punkte war die geplante Bestimmung sicherlich rein positiv.

Digitized by Google

dem Gesetze detinirt er rechtlich für B, trotzdem er in Wahrheit den Willen, für diesen zu besitzen, gar nicht hat.

Als Fazit aller bisherigen Erörterungen ergiebt sich demnach: Während obligatorische Rechte nach § 164 dem Vertretenen nur dann direkt erworben werden, wenn der Stellvertreter auch äußerlich als Stellvertreter und der Nuntius auch äußerlich als Nuntius handelte, ist es beim Besitzerwerbe anders; der Besitzdiener — mag er sich nach außen als Stellvertreter oder Bote geriren oder nicht — erwirbt den Besitz für seinen Herrn, sobald sich das den Erwerb vermittelnde Geschäft im Verhältnisse zum Dominus als eine Handlung charakterisirt, die nach Maßgabe des zwischen diesen Personen bestehenden kontraktlichen Bandes unter das Dienstverhältniß fällt. Vorausgesetzt wird dabei, daß das Dienstverhältniß faktisch noch besteht. Hat der Dienstbote, wenn auch unberechtigter Weise, die häusliche Gemeinschaft verlassen, so hat er seine Qualität als Besitzdiener eingebüßt. Aehnlich wie mit der Besitzdienerschaft verhält es sich mit dem Erwerbe des mittelbaren Besitzes. Auch hier entscheidet das innere Verhältniß zwischen Auftraggeber und -nehmer, und nicht die Erklärungen, welche dem Dritten gegenüber abgegeben sind. Der Auftraggeber kann also mittelbarer Besitzer werden, auch wenn die Mittelsperson nach außen hin selbständig handelnd auftrat. Dies Ergebniß wird befestigt, wenn wir uns zu dem noch übrigen Theile unserer Untersuchung, zum Eigenthumserwerb durch Stellvertreter, wenden.

Es interessirt uns hier nicht die ganze so schwierige und oft behandelte Lehre, sondern aus ihr nur ein einziger Punkt: Wird das Eigenthum ausnahmslos dem erworben, in dessen Namen der Vertreter handelte — also dem Vertretenen bei offener, dem Vertreter bei verdeckter Stellvertretung — oder richtet sich vielleicht auch hier der Erwerb nach Momenten, die nicht dem äußeren Verhältnisse entnommen werden?

Nach § 929 B. G.B. erfolgt die Uebertragung des Eigenthums durch Besitzübergabe, wenn beide Betheiligte darüber einig sind, daß das Eigenthum übergehen soll. Vorsichtiger und wohl auch nicht unbeabsichtigter Weise hat das Gesetz hier nicht gesagt, daß die bei der Transaktion betheiligten Parteien auch bezüglich der Person des Erwerbers konsentiren müssen. Ebenso hat sich das B. G.B. über die bekannte Streitfrage ausgeschwiegen, ob hinsichtlich der Person des Er-

Digitized by Google

werbers der Wille des Tradenten oder des Empfängers der entscheidende ist. Die Sachlage ist daher im Wesentlichen genau dieselbe wie im gemeinen Recht. Man ist mehr oder minder auf Argumentation aus der Natur der Sache und aus praktischen Erwägungen heraus angewiesen. Man hat darin im B.G.B. sogar noch freiere Hand als bei der Auslegung der Pandekten, die durch verschiedene Einzelentscheidungen der Interpretation doch immerhin bestimmtere Bahnen vorzeichnen. Die im gemeinen Rechte herrschende Meinung, wie sie, wenn auch nicht zuerst, so doch am erfolgreichsten von Bremer vorgetragen wurde, stützt sich darauf, daß es dem Tradenten normaler Weise ganz gleichgültig sein kann, wem der Besitz erworben wird.[113]) Ich trage kein Bedenken, diesen Satz auch für das B.G.B. als richtig anzuerkennen. Eine Aufzählung der Beweisgründe, welche dieser Ansicht als Stütze dienen, würde lediglich eine zwecklose Wiederholung der dem Litteraturkundigen längst bekannten Argumente bilden, die deshalb unterlassen werden kann. Dagegen ist zu betonen, daß ich die herrschende Lehre — wenigstens vorläufig — nur insoweit acceptire, als sie feststellt, daß der Wille des Tradenten im Allgemeinen nicht entscheidet. Dies negative Resultat genügt vorerst. Unerörtert kann bleiben, ob das für den Eigenthumserwerb wesentliche Moment der Wille der handelnden Zwischenperson ist, oder ob auch hier objektive Kriterien entscheiden, die den inneren Verhältnissen angehören, eventuell ob eine Kombination beider Anschauungen — der subjektiven und der objektiven — angezeigt erscheint. Soviel steht jedenfalls fest, daß der typische Tradent sich um die Person des eigentlichen Erwerbers nicht kümmert. Daraus folgt, daß die nach außen hin abgegebenen Erklärungen für den Eigenthumserwerb irrelevant sind.[114]) Es ist denkbar, daß der Vertretene das Eigenthum direkt erwirbt, trotzdem der Vertreter nach außen hin als Selbstkontrahirender auftrat. Es ist auch möglich, daß der als Stellvertreter sich Präsentirende für sich, nicht für seinen Auftraggeber erwirbt. Lenel[115]) giebt z. B. zu, daß der Inkassomandatar, obwohl er in fremdem Namen empfängt, dennoch auf Grund einer Abrede mit dem Prinzipal unter Umständen Besitz und Eigenthum für sich selber erwirbt. Erklärungen der Zwischenperson sind unter der Voraussetzung,

[113]) So auch noch jüngst Lenel in Ihering's Jahrbüchern Bd. 36 S. 61.
[114]) S. Seuffert's Archiv Bd. 49 N. 235, Bd. 48 N. 248.
[115]) S. 11 Anm. 2.

Digitized by Google

daß der Tradent kein Interesse daran hat, wer das Eigenthum erwerben soll, etwas Ueberflüssiges, Bedeutungsloses, wie sich am schlagendsten daraus ergiebt, daß der Kontrahirende unbestrittener Maßen für sich erwirbt, auch wenn er — vielleicht um nicht kundzugeben, daß seine Firma Geschäfte der fraglichen Art macht — sich als Beauftragter eines anderen hinstellt, der von diesem Gebrauch seines Namens nichts weiß. Legt man in Hinblick auf § 164 B.G.B. den Nachdruck auf die Erklärung, so würde in Fällen dieser Art ein Eigenthumsübergang überhaupt nicht stattfinden, denn der Tradent wollte dem angeblichen Stellvertreter für dessen Auftraggeber tradiren; der nach außen hin als Mandatar Auftretende wollte für sich erwerben. Oder will man etwa annehmen, daß der innere Wille des Vertretenen nach den Grundsätzen über Mentalreservationen nicht in Betracht komme, daß äußerlich Konsens in Bezug auf den Vertretenen erzielt sei und dieser daher als Eigenthümer zu betrachten wäre? Einer solchen Konstruktion wird man schwerlich beipflichten können. Legt man sie zu Grunde, so würde der unbefugt im fremden Namen Kontrahirende eine Unterschlagung begehen, sobald er in seinem Interesse über die Sache verfügt, eine gewiß unannehmbare Konsequenz, besonders wenn man bedenkt, daß die Nennung eines falschen Namens keineswegs immer auf tadelnswerthen Motiven zu beruhen braucht.[116]) Und wie wäre zu entscheiden, wenn man sich als Vertreter einer Person ausgiebt, die gar nicht existirt? Oder wenn man einen Namen nennt in der Meinung, es gäbe keine Person, die ihn trägt, während in Wahrheit eine solche existirt und dem Verkäufer wohl bekannt ist? Richtet man sich nach dem, was dem Verkäufer gegenüber erklärt ist, so würde entweder wiederum kein Eigenthum übergehen oder doch nur auf die Person, welche vom Tradenten als die erwerbslustige angenommen wurde, lauter Entscheidungen, die offenbar nicht passen. Wenn irgendwo, so muß es beim Eigenthumserwerb heißen: plus est in re quam in existimatione. Bei obligatorischen Verträgen lagen genügende Gründe vor, die es verboten, die inneren Beziehungen, so weit sie nicht kundgegeben waren, bei der Feststellung der kontraktlichen Wirkungen zu berücksichtigen. Auf diesem Gebiete hätte die Vernachlässigung der mit dem Dritten gewechselten Erklärungen eine ungesunde Komplizirtheit und Trübung der Rechtsbeziehungen erzeugt.

[116]) Inkognitoreisende.

Digitized by Google

Das ist beim Eigenthumserwerbe nicht zu befürchten, weil hier nicht das Verhältniß dreier Personen — des Mandanten, des Mandatars, des Dritten — sondern nur die rechtliche Stellung der beiden ersten zu ordnen ist. Seit Bremer hat das gemeine Recht stets das Hauptaccent auf Momente gelegt, die dem inneren Verhältnisse entnommen waren, ohne daß sich daraus nennenswerthe Schwierigkeiten für die Praxis ergeben hätten. Die entstandenen Kontroversen wurzeln vielmehr darin, daß die Entscheidung der Eigenthumsfrage zumeist lediglich auf den Willen der Mittelsperson gestellt wurde, anstatt auch andere Kriterien heranzuziehen. An und für sich erscheint sogar nichts natürlicher, als daß die Regelung der Rechtsposition zweier Parteien — hier des Vollmachtgebers- und nehmers — lediglich unter Berücksichtigung ihrer Beziehungen stattfindet.

Nichtsdestoweniger sind die Interpreten des B. G.B., soweit sie sich zu dieser Frage geäußert haben, bisher von dem entgegengesetzten Standpunkte ausgegangen. Man übertrug die Regel des § 164 B. G.B. auch auf den Eigenthumserwerb; man nahm in Folge dessen an, ein direkter Eigenthumsübergang auf den Vertretenen erfolge nur dann, wenn der Vertreter ausdrücklich oder konkludent in seinem Namen kontrahirt hat. Eine Norm, die auf dem Gebiete des Obligationenrechts unzweifelhaft richtig war, wurde auch im Sachenrecht angewandt, ohne im einzelnen zu prüfen, ob die dinglichen Beziehungen nicht ihren eigenen Gesetzen folgen. So lehrt Planck in seinem Kommentar zum B. G.B.:[117] die Erklärung gilt als von dem Erklärenden (bei verdeckter Stellvertretung) als im eigenen Namen abgegeben, und ihre rechtlichen Wirkungen treten in seiner Person ein; das gilt nicht nur von den Verpflichtungen, sondern auch von den durch dieselben begründeten Rechten; der Erklärende erwirbt die Rechte, nicht derjenige, welchen er vertreten wollte; dieser erwirbt sie erst dadurch, daß sie ihm von jenem übertragen werden. — Die Ausführungen Planck's sind von hoher Bedeutung, nicht bloß, weil sie von einer so bedeutenden Autorität herrühren, sondern auch deshalb, weil sie aller Wahrscheinlichkeit nach die Meinung der zweiten Kommission widerspiegeln. Es finden sich nämlich in den Protokollen derselben zwei Stellen, die für diese Annahme sprechen. Das B. G.B. bestimmt

[117] Anm. 2 zu § 164.

Digitized by Google

im § 1646, daß das Kind sofort Eigenthümer wird, wenn der Vater mit Mitteln des Kindes bewegliche Sachen erwirbt. Diese als Ausnahmevorschrift sich charakterisirende Anordnung wird in den Protokollen[118]) in folgender Weise gerechtfertigt: Im Verhältnisse des Inhabers der elterlichen Gewalt zum Kinde sei es eine Thatsache, daß der Vater das Kindesvermögen nach außen wie sein eigenes behandle und regelmäßig nicht zum Ausdruck bringe, daß er als Vertreter des Kindes handele; die Nothwendigkeit eines besonderen Uebertragungsaktes werde dem Vater in den wenigsten Fällen zum Bewußtsein kommen. Interessant ist die daran sich anschließende Bemerkung, auf einen rein innerlichen Vorgang könne man kein Gewicht legen, bekanntlich der schwache Punkt der Bremer'schen Theorie. In ähnlicher Weise wie beim § 1646 wird bei der Besprechung des analogen § 1381 B. G.B. der Schwerpunkt auf das äußere Auftreten des Ehemannes gelegt.[119]) Um den Eigenthumsübergang in anderen Fällen, wo eine positive Bestimmung fehlt, zu vermitteln, wird auf den § 181 B. G.B. sowie auf das constitutum possessorium verwiesen, indem der Stellvertreter den Vertretenen bei dem Erwerbe des mittelbaren Besitzes vertrete; die Uebertragung könne sich auf solchem Wege zeitlich mit dem Erwerbe verbinden; der Stellvertreter könne das Eigenthum in dem Zeitpunkte, in welchem er es erwirbt — „sozusagen im status nascenti" — durch Konstitut übertragen. — Es ist nicht zu leugnen, daß wir hier eine volle Bestätigung der Planck'schen Ansicht vor uns haben. Für das gemeine Recht hatte bereits das Reichsgericht[120]) den Satz aufgestellt: als Regel sei anzunehmen, daß der Kommissionär, weil er im eigenen Namen kaufe, auch das Eigenthum am Kommissionsgute erwerbe. Immerhin ist die Einschränkung zu beachten, die in den Worten „als Regel" liegt. Für die Planck'sche Auffassung kann außerdem geltend gemacht werden, daß sich der § 164 unter den Vorschriften über Rechtsgeschäfte befindet, und daß die Tradition der herrschenden Meinung nach sogar als ein Vertrag, sicher aber als ein Rechtsgeschäft aufzufassen ist. Was aber am meisten zu seinen Gunsten spricht, ist die anscheinende Klarheit und Einfachheit, die durch seine Interpretation in das Rechtssystem gebracht wird: eine

[118]) S. 6011, 6012.
[119]) Prot. S. 5244.
[120]) Bd. 11 S. 56.

Digitized by Google

einzige und noch dazu leicht zu handhabende Regel für alle Rechtsgebiete.

Nach alledem kann es nicht verwunderlich erscheinen, wenn man sich zunächst versucht fühlt, ihm zu folgen. Wenigstens ist es mir so gegangen. Nichtsdestoweniger bin ich später zu der Ueberzeugung gelangt, daß man den § 164 nicht auf den Eigenthumserwerb beziehen darf. Abgesehen von dem bereits geltend gemachten, waren es hauptsächlich praktische Gründe, welche mich dazu bestimmten. Die Anregung gab ein Beispiel, welches ich bei Planck fand, und das dieser von Eck entlehnt hatte. Eine Hausdame kauft ohne Erwähnung ihrer Vollmacht ein Dutzend silberner Löffel für den Hausherrn. Nach Planck gehören ihr die Löffel, so lange sie nicht ihrerseits die Tradition an den Hausherrn vornimmt, wozu sie nach § 181 B.G.B. nicht der persönlichen Gegenwart desselben bedarf. Planck nimmt keinen Anstoß daran, daß der Hausherr keine Widerspruchsklage aus § 690 C.P.O. erheben könnte, wenn der Hausdame die Löffel etwa auf dem Heimwege abgepfändet werden: er entscheidet sich sogar dahin, daß die Löffel zu ihrem Nachlasse gehören, eventuell einen Massebestandtheil ihres Nachlaßkonkurses bilden, wenn sie auf dem Heimwege sterben sollte. Diese von dem einmal eingenommenen Standpunkte aus allerdings unvermeidlichen Konsequenzen, nach denen unter Umständen eine etwas undeutliche, vielleicht ganz unabsichtliche Ausdrucksweise darüber entscheidet, ob der Diener oder der Herr Eigenthümer wird, sind praktisch so wenig befriedigend, daß selbst Eck[121]) sie verwirft, trotzdem auch er offensichtlich davon ausgeht, daß sich an und für sich der § 164 auch auf den Erwerb dinglicher Rechte bezieht. Gerade deshalb ist sein Zeugniß besonders werthvoll. Die Ueberzeugung von der Impraktikabilität der Planck'schen Entscheidungen ist bei ihm so groß, daß er zu helfen sucht und deshalb eine einschränkende Interpretation des § 164 vorschlägt. Es soll der handelnden Zwischenperson nur dem anderen Theile, nicht dem Auftraggeber gegenüber verwehrt sein, sich auf den Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, zu berufen. Gegen eine solche Auslegung protestirt Planck, und meines Erachtens durchaus mit Recht. Der Wortlaut des Gesetzes wie die Materialien widersprechen einer solchen Zerlegung auf das Ent-

[121]) „Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines B.G.B. Erstes Buch, Allgemeiner Theil" S. 66.

Digitized by Google

schiedenste. Selbstverständlich ist das Eck auch nicht entgangen. Sein Vorschlag ist ein Nothbehelf, entsprungen aus der Erkenntniß, daß man auf dem von Planck eingeschlagenen Wege zu gänzlich unbefriedigenden Resultaten kommt.

Meines Erachtens hat Planck übersehen, daß wir es in der Person seiner Hausdame mit einer Besitzdienerin im Sinne des § 855 B. G. B. zu thun haben, die gar nicht selbst Besitzerin im Rechtssinne wird, sondern mit dem Erwerbe ihren Herrn zum Besitzer und daher auch zum Eigenthümer macht. Diese Wahrheit ist in der gemeinrechtlichen Litteratur nicht verkannt. Schon Bremer[122]) mißt dem Besitz- und Eigenthumserwerbe durch Dienstboten direkte Wirkung für die Herrschaft bei, was auch Lenel[123]) billigt. Analoge Entscheidungen sind bereits in den Pandekten enthalten. Eine ähnliche abhängige Stellung wie eine Hausdame hatte in Rom der procurator κατ' ἐξοχήν; ließ er sich im Auftrage seines Herrn Sachen tradiren, gleichgültig ob auf dessen oder im eigenen Namen, so erwarb nicht er, sondern der Herr.[124])

Eine Ausnahme muß man also bei der Anwendung des § 164 im Gebiete des Sachenrechts ganz gewiß machen. Auf Fälle der Besitzdienerschaft bezieht er sich nicht. Zu den „Ausnahmen" sind ferner die oben berührten Fälle zu rechnen, in denen Jemand den Namen eines Anderen vorschützt, um zu verdecken, daß er selbst erwerben will. Der Kreis der nicht hierher gehörigen Thatbestände wird also immer größer. Wie steht es im Uebrigen mit dem angeblich durch § 164 sanktionirten Prinzip, daß die dem Dritten gegenüber abgegebene Erklärung über die Ordnung der Eigenthumsverhältnisse entscheidet? Es ist bereits darauf aufmerksam gemacht, daß die natürliche Auffassung es gebietet, die Stellung zweier Personen nach den Beredungen zu bemessen, die sie unter sich getroffen haben. Absprachen mit Dritten, Außenstehenden können nur dann von Einfluß sein, wenn das Interesse des Dritten eine solche Modifikation gebieterisch fordert. Es ist denn auch ganz charakteristisch, daß Planck ausdrücklich davon ausgeht, der Verkäufer habe mit der Hausdame und nur mit ihr kontrahiren wollen: diese sollte ihm gegenüber verpflichtet, aber auch

[122]) Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N. F. Bd. 20 S. 42 u. 47 ff.
[123]) Jhering's Jahrbücher Bd. 36 S. 53.
[124]) Vergl. Lenel S. 80 ff.

Digitized by Google

berechtigt werden; daß er die Berechtigung nicht gewollt, oder daß es ihm auch nur gleichgültig gewesen wäre, wer berechtigt werde, ergäbe sich aus den Umständen nicht; es sei vielmehr sehr wohl möglich, daß er ein Interesse an dem Erwerbe durch die Hausfrau gehabt hätte. — Diese Annahme ist aber, wie Eck auf Grund der herrschenden Meinung mit Recht annimmt, typischerweise — und vom Normalfall gehen wir aus — nicht vorhanden. Planck sucht ein solches Interesse durch den Hinweis darauf zu begründen, der Goldschmied könne noch einen Anspruch aus dem Vertrage haben, wenn der Kaufpreis nicht vollständig bezahlt oder das gezahlte Geld falsch war. Abgesehen davon, daß man aus einem solchem Ausnahmefalle wie dem letzteren kein Prinzip ableiten darf, bleibt ja jener Anspruch des Goldschmiedes unberührt, denn obligatorisch hat er, wie ich bereitwillig zugestehe, nur mit der Hausdame zu thun. Wenn Planck an einen Kondiktionsanspruch denken sollte, indem die Tradition wegen der Nicht- oder Falschzahlung wegen wesentlichen Irrthums angefochten werden soll, so ist zunächst recht zweifelhaft, ob hier wirklich ein wesentlicher Irrthum im Sinne des § 119 B. G.B. vorliegt. Bejaht man dies wirklich, so ist zu bedenken, daß die Löffel vor der Anstellung der Klage auch nach der Planck'schen Theorie schon längst in das Eigenthum des Hausherrn übergegangen sein werden. Genügt doch schon,[125]) daß sie in den Schrank des Hausherrn gelegt werden. Ueberhaupt ist gegen Planck geltend zu machen, daß der Tradent kaum je ein Interesse daran haben wird, daß nur gerade die ihm gegenüberstehende Person erwirbt, weil diese die Sache ja doch sofort weitergeben kann,[126]) und jedenfalls hat Planck für seine entgegenstehende Behauptung beinahe sämmtliche Schriftsteller gegen sich. Ist aber seine Prämisse irrig, so fällt mit ihr auch der Schluß, nämlich die entscheidende Bedeutung, die er in der Lehre vom Eigenthumserwerbe dem äußeren Auftreten beilegt.

Es sagt denn auch das Gesetz mit keinem Worte, daß der § 164 auch auf diese Materie ausgedehnt werden müßte. Der § 164 gilt seiner Stellung nach für Rechtsgeschäfte. Im Entwurf I waren[127]) die Tradition und die Auflassung ausdrücklich als Verträge bezeichnet. Mit gutem Grunde hat es aber die zweite Kommission vermieden, zu der Ver-

[125]) Planck S. 212.
[126]) So Lenel S. 44.
[127]) Siehe die §§ 868 und 874 desselben.

Digitized by Google

tragsnatur dieser beiden Rechtsakte Stellung zu nehmen. Sie strich das Wort „Vertrag", indem sie[128]) ausdrücklich anerkannte, die gegen die Aufnahme dieser Bezeichnung geltend gemachten Bedenken seien überwiegend: die Juristen würden unschwer erkennen, daß oder inwieweit auf die fraglichen Erklärungen die Grundsätze des Vertrages Anwendung zu finden hätten. Es ist daher eine petitio principii, wenn man aus dem Charakter der Tradition als einer Rechtshandlung[129]) ohne weiteres folgert, daß alle Rechtssätze, die für Rechtsgeschäfte passen, auch auf die dinglichen Rechtshandlungen zu übertragen seien. Es ist vielmehr bei jeder einzelnen Norm zu prüfen, ob sie paßt. Die Protokolle proklamiren in dieser Beziehung mit Recht das Prinzip der Spezialuntersuchung. Der wesentliche Unterschied zwischen einem gewöhnlichen Vertrage und der Tradition beruht aber gerade darin, daß beim Vertrage die Interessen des Dritten geschützt werden müssen, daß es ihm typisch nicht gleichgültig ist, wer erwirbt, während alles dieses bei der Tradition sich gerade umgekehrt verhält. Die Stellvertreterqualität muß daher bei beiden Akte verschieden wirken. Bei der Statuirung eines solchen Unterschiedes bin ich in der Lage, mich auf Leuel berufen zu können, der zwar im Allgemeinen der Planck'schen Auffassung näher steht, als der hier entwickelten, trotzdem aber[130]) sagt: die Vollmacht des Vertreters bezieht sich bloß auf die Lösung und Knüpfung des Kausalverhältnisses, nicht auf den Besitzerwerb.

Nichts desto weniger könnte man sich mit der Planck'schen Ansicht befreunden, wenn sie wenigstens den Vortheil böte, klare und durchsichtige Beziehungen hinsichtlich der Eigenthumsverhältnisse zu schaffen. Auf den ersten Blick scheint das auch der Fall zu sein: die vom Stellvertreter dem Dritten abgegebene Erklärung — also etwas leicht Faßbares — entscheidet, ob er selbst oder der Vertretene direkt Eigenthum erwirbt. Die Schwierigkeit ist aber nur scheinbar gelöst, denn, wie bereits bei der Besitzlehre hervorgehoben, irgend wann muß doch der Uebergang in das Vermögen des Auftraggebers erfolgen. Wird die Sache dem Letzteren übergeben, so sind wir allerdings von allen Zweifeln befreit. Im praktischen Leben gestalten sich die Dinge

[128]) S. 3398 der Protokolle.

[129]) Ueber den Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Handlung: Motive Bd. I S. 126, 127.

[130]) S. 61 und 96.

Digitized by Google

aber nicht immer so einfach. Oft behält der Stellvertreter die Inhabung. Wann wird solchen Falls der Auftraggeber Eigenthümer? Hier liegt der schwache Punkt aller Theorien, welche wie Planck und die Protokolle, einen Durchgang der Rechte durch die Person des Mittelsmannes annehmen. Planck verweist auf den § 181 B.G.B. und das constitutum possessorium. Aus der gemeinrechtlichen Judikatur ist jedoch hinlänglich bekannt, wie schwankend diese Kriterien sind, wie oft sie versagen, wie oft man zu reinen Fiktionen seine Zuflucht nehmen muß. Anstatt zu sicheren Resultaten zu kommen, tappt die Praxis hin und her. Wem dieses Urtheil übertrieben vorkommt, den verweise ich auf die Entscheidungen des Reichsgerichts, welche im Bande 19 unter Nr. 47 und im Bande 24 unter Nr. 62 abgedruckt sind. Besonders die Letztere arbeitet offensichtlich mit lauter Fiktionen, um zu dem praktisch allerdings wünschenswerthen Resultate zu gelangen. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn Lenel[131]) diese Entscheidung als irrig bezeichnet. Vermag ich mich auch ihm nicht anzuschließen, soweit der Tenor in Betracht kommt, so ist sein Protest gegen die Begründung berechtigt. Nach dieser Richtung hin instruktiv sind auch die von Lenel auf S. 75 ff. mitgetheilten Urtheile der Oberlandesgerichte München und Hamburg. Es handelt sich in beiden Fällen um die Klausel, daß der Inhaber eines ihm nur zu Besitz, nicht zum Eigenthum überlassenen Waarenlagers zwar einzelne Sachen im eigenen Namen verkaufen darf, aber kontraktlich zur Wiederergänzung in der Weise verpflichtet ist, daß die neu erworbenen Stücke direkt in das Eigenthum des nichtbesitzenden Eigenthümers des Waarenlagers fallen sollen. Die Beurtheilung dieses Thatbestandes führte zu diametral entgegengesetzten Entscheidungen. München ist für, Hamburg gegen die Rechtsbeständigkeit.[132]) Der wahre, allerdings nicht angegebene Grund dieser Divergenz ist, daß das von kaufmännischen Anschauungen ausgehende hanseatische Oberlandesgericht durch solche Klauseln eine Verdunkelung der Kreditverhältnisse befürchtete. Der Inhaber, welcher nach außen hin als Eigenthümer auftritt, obgleich er es nicht ist, erscheint zu Unrecht kreditwürdiger als es seinen Verhältnissen entspricht. Das soll vermieden werden, und willig fügt sich die juristische Konstruktion.

[131]) S. 50 ff.

[132]) Wie mir persönlich bekannt, ist das die konstante Praxis aller hamburgischen Gerichte.

Digitized by Google

Ist man dagegen der Meinung, daß auf diese Weise manchem Geschäftsmanne Kredit gewährt werden kann, der ihn sonst nicht bekommen hätte, und ist man davon überzeugt, daß solche Verträge nicht schädlich wirken, so gelangt man, wie das Münchener Urtheil zeigt, mit Leichtigkeit unter Anrufung derselben Rechtssätze zum entgegengesetzten Verdikt. Und das bei Verträgen, die im Geschäftsleben einer Großstadt eine so große Rolle spielen! Im B.G.B. spricht gegen die Anwendung des constitutum possessorium speziell noch die Thatsache, daß das Gesetz im § 930 die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses verlangt, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, also[133]) einen Vertrag, durch den die Mittelsperson dem Auftraggeber gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Ein solches Verhältniß — am häufigsten werden Miethe und Verwahrung sein — fehlt aber im Allgemeinen beim gewöhnlichen Mandat. Dieser Ausweg ist also abgeschnitten. Das Reichsgericht hat[134]) ausgesprochen, die Verpflichtung des Verkäufers, das Kaufobjekt vorerst nicht zu übersenden und bis auf weitere Order des Klägers an einem trockenen Orte aufzubewahren, begründe keine neue Verpflichtung. Durch solche und ähnliche Verabredungen entsteht also kein Verwahrungsvertrag.[135]) Wenn ferner auf die Möglichkeit verwiesen wird, der Mandatar könne dem Mandanten das Eigenthum dadurch übereignen, daß er an sich selbst als Vertreter des Mandanten die Tradition vornimmt, also zwei Rollen spielt, indem er proprio nomine als Tradent und alieno nomine als Empfänger der Willenserklärung auftritt, so wird auch damit nichts gebessert. Zunächst müßte die Vollmacht so beschaffen sein, daß sie ihn ermächtigt, die eigene Traditionserklärung entgegenzunehmen. Bei Spezialvollmachten wird das regelmäßig nicht der Fall sein. Um ein befriedigendes Ergebniß herbeizuführen, müßte man schließlich doch wieder zu Fiktionen greifen und den Umfang der Vollmacht im Wege extensiver Interpretationen erweitern. Fehlt ferner doch, wie ja auch die Protokolle[136]) konstatiren, vielen Vertretern die Kenntniß, daß noch ein formeller Uebertragungsakt nothwendig sei. Es wird also schon deshalb das Erfüllungsgeschäft häufig ausbleiben.

[133]) S. § 868 B.G.B.
[134]) Seuffert's Archiv Bd. 32 Nr. 281 S. 398.
[135]) Vergl. auch R.G.-Entsch. Bd. 24 S. 311 Zeile 16 ff. von oben.
[136]) S. oben S. 378.

Digitized by Google

und so der Absicht der Parteien zuwider der Mandatar Eigenthümer bleiben. Ich glaube z. B. nicht, daß die Hausdame des Eck-Planck'schen Beispiels bei ihrer Vernehmung bezeugen könnte, daß sie den Willen gehabt hat, das Eigenthum zu übertragen, als sie die Löffel in den Küchenschrank legte.

Nach alledem nehme ich als feststehend an: Unter der Voraussetzung einer normalen Sachlage kommt es beim Eigenthumserwerb ebenso wenig wie bei der Erlangung des Besitzes darauf an, daß der Stellvertreter auch äußerlich als Stellvertreter, der nuntius als nuntius auftrat. Anders, wenn ausnahmsweise der Tradent ein aus dem Geschäfte ersichtliches Interesse daran hat, das Eigenthum nur der Person zu übergeben, die als selbsthandelnde mit ihm kontrahirt hat. In solchen Fällen ist allerdings die Planck'sche Auslegung des § 164 B. G. B. gerechtfertigt. Es kommt auf das äußere Verhalten der Mittelsperson an, weil die oben [137]) gekennzeichnete Differenz zwischen einem gewöhnlichen Rechtsgeschäft und der Rechtshandlung der Tradition hinwegfällt.[138]) Gerirt sie sich als nuntius eines anderen, so erwirbt dieser zunächst das Eigenthum, einerlei wie die nach innen hin getroffenen Verabredungen lauten. Umgekehrt, wenn der Bote als Selbstkontrahent abschließt.

Um Mißverständnissen vorzubeugen, soll noch ausdrücklich bemerkt werden, daß es, wie gezeigt, für unsere Zwecke vollkommen genügt, wenn in der Lehre vom Eigenthumserwerb durch Stellvertreter eigentlich nur etwas negatives festgestellt ist, nämlich die typische Bedeutungslosigkeit des äußeren Auftretens. Eine Erörterung der Momente, welche den positiven Anhaltspunkt dafür liefern, wer als Eigenthümer zu betrachten ist, übersteigt die Aufgabe, die sich dieser der Lehre von der Botschaft gewidmete Aufsatz stecken muß. Nur die Bemerkung sei bei der Wichtigkeit des Gegenstandes noch gestattet, daß bei der Frage, ob lediglich der Wille der Zwischenperson oder nicht vielmehr die objektiven Beziehungen, die zwischen ihm und seinem Machtgeber bestehen, die §§ 855, 868 und 931 B. G. B. zu Gunsten einer mehr mit objektiven Faktoren rechnenden Auffassung schwer ins Gewicht fallen dürften. Der letzte Paragraph ist deshalb wichtig, weil sich aus ihm im Gegensatz zum Entwurf I ergiebt, daß der entgegen-

[137]) S. 382.

[138]) S. auch Seuffert's Archiv Bd. 49 Nr. 235.

Digitized by Google

stehende Wille des Besitzvermittlers, ja sogar sein Widerspruch, den Uebergang des Eigenthums auf den Erwerber nicht zu hindern vermag. Vergleiche dazu auch die Protokolle,[139]) welche die Unabhängigkeit der Eigenthumsübertragung von dem Willen des unmittelbaren Besitzers scharf pointiren.

III. Form der Ausrichtung einer Botschaft.

Wie wir sahen, unterscheidet sich der Bote vom Stellvertreter durch die rein passive Rolle, die jener spielt. Wir haben aber auch feststellen müssen, daß dies Charakteristikum allein noch nicht genügt. Soweit es sich nicht gerade um den Erwerb von Besitz und Eigenthum handelt, muß noch ein zweites Moment hinzukommen, um den Begriff des Boten zu vervollständigen: seine Funktion als Instrument muß sich auch äußerlich in seinem Auftreten dokumentiren. Gerade der letztere Punkt hat aber von jeher die größten Schwierigkeiten verursacht und die hier verfochtene Theorie dem Vorwurf der Impraktikabilität ausgesetzt. Man behauptete,[140]) daß die beiden Begriffe „Bote" und „Stellvertreter" flüssig seien, in einander übergingen, daß eine Unterscheidung in vielen Fällen unmöglich sei. Laband meint: Wenn ich jemand zu einem Kaufmanne schicke, damit er in meinem Namen ein bestimmtes Buch kaufe, oder wenn ich durch ihn bei einem Handwerker eine bestimmte Arbeit für mich bestellen lasse, so fehle es in der Regel an einem äußeren Kriterium, ob die abgesendete Person als Bote oder Stellvertreter gehandelt habe; die von ihr zufällig gebrauchten Worte könnten doch nicht entscheidend sein. Diese Ansicht ist nur daraus zu erklären, daß Laband[141]) in Uebereinstimmung mit Schliemann, Leonhard,[142]) Regelsberger[143]) die Mittelsperson auch dann noch als Nuntius ansieht, wenn ihr ein freier Spielraum etwa in der Auswahl des anderen Kontrahenten, in der Quantität oder Qualität des Objekts, in der Bestimmung des Preises eingeräumt

[139]) S. 3693 u. 3694.

[140]) S. z. B. Laband in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 10 S. 189. Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts S. 216. Auch Regelsberger, Pandekten S. 587, spricht skeptisch von der mehr oder weniger zufälligen Ausdrucksweise des Beauftragten.

[141]) S. 190.

[142]) „Irrthum bei nichtigen Verträgen" S. 164, 165.

[143]) Pandekten § 160 S. 587.

Digitized by Google

ist. Er exemplifizirt darauf, daß Jemand ein Rezept in die Apotheke schickt, ohne dem Boten anzugeben, in welche Apotheke er gehen soll; daß Jemand ein Kistchen Cigarren in einer bestimmten Preislage für seine Rechnung holen läßt, ohne dem Boten eine bestimmte Sorte zu nennen. Was indeß den Cigarrenkauf angeht, so liegt hier eine Vertretung im Willen ebenso gut vor, als wenn ich jemand ersuche, mir ein passendes Pferd für einen bestimmten Preis zu kaufen. Zweifelt man beim Vorliegen eines solchen Auftrages nicht daran, daß man es mit einer wahren Stellvertretung zu thun hat, so zwingt meines Erachtens die Logik zu derselben Entscheidung auch in dem von Laband zuletzt angeführten Beispiele. Der einzige Unterschied, der zwischen dem Cigarreneinkauf auf der einen Seite und dem Pferdehandel andererseits besteht, scheint mir ein rein thatsächlicher zu sein, der in der wirthschaftlichen Bedeutung des erstandenen Objekts liegt. Die juristische Beurtheilung kann schwerlich durch diese ökonomische Differenz beeinflußt werden. Besonders klar tritt die Qualität des Cigarreneinkäufers als eines wahren Stellvertreters dann hervor, wenn man absichtlich einen Sachverständigen sendet, um sich gute Cigarren zu sichern. Die Analogie des Pferdehandels ist dann ganz schlagend. Wir werden uns daher dahin zu entscheiden haben: *Stellvertretung — nicht Botschaft — liegt immer dann vor, sobald die Mittelsperson zwischen mehreren Sorten zu wählen hat.*

Komplizirter ist die Sache in dem Beispiel mit dem Rezept. Ist nur ein Apotheker am Ort, oder ist die andere Apotheke soweit von der Wohnung des Patienten entfernt, daß man verständiger Weise an ihre Inanspruchnahme nicht denken kann, so erhellt allerdings aus den äußeren Umständen ohne weiteres, daß der Ueberbringer des Rezeptes überhaupt keine Entscheidung hinsichtlich der Person des Gegenkontrahenten getroffen hat; seine Botenqualität ist nicht zu verkennen. Wie aber, wenn diese Voraussetzungen nicht zutreffen, sodaß die Wahl der betreffenden Apotheke mehr oder minder als willkürlich erscheint? Nach *innen* hin ist der Beauftragte sicherlich Stellvertreter, denn er wählt den Kontrahenten aus; sein Wille ist also maßgebend für ein Essentiale des Geschäfts. Dennoch kann man zweifeln, ob ihm diese Stellung wirklich anzuweisen ist. Ist er nicht *äußerlich* lediglich der Träger der Willenserklärung seines Auftraggebers, sodaß er sich dem *Apotheker gegenüber* als bloßer Bote, als Erklärungsinstrument,

Digitized by Google

präsentirt? Daß dafür manches spricht, läßt sich gewiß nicht verkennen, sobald er sich bloß darauf beschränkt, das auf fremden Namen lautende Rezept vorzulegen. Dennoch wird man sich wohl im Allgemeinen für die umgekehrte Alternative zu entscheiden haben. Er überbringt nicht etwa einen die Willenserklärung des Dominus enthaltenden Brief, sondern nichts weiteres als das Rezept, das über die Person des Apothekers, dem die Anfertigung der Medizin anvertraut werden soll, nichts enthält. Kein Anhaltspunkt in dem Benehmen des Mandatars deutet darauf hin, daß ihm die Wahl zwischen den verschiedenen Apothekern nicht gelassen ist. Bei solcher Sachlage wird man sich aber präsumtiv für das Vorhandensein eines Stellvertretungsverhältnisses zu erklären haben; offensichtlich geht das B.G.B. von der Stellvertretung als dem Gewöhnlichen aus. Während es sich über die aus ihr resultirenden Verhältnisse mit großer Ausführlichkeit verbreitet und bemüht ist, alle Fragen erschöpfend zu regeln, schweigt es sich über die Beziehungen, welche durch Uebermittlung einer Botschaft entstehen, beinahe vollkommen aus, ein deutlicher Fingerzeig dafür, daß letztere etwas anormales ist, die wegen ihres selteneren Vorkommens vom Gesetzgeber nicht weiter erörtert zu werden braucht. Selbst nach den Theorien von Schliemann und Leonhard, die doch beide dem Boten einen gewissen Einfluß auf die Fassung des Vertragswillens gestatten,[144]) also einer weit weniger strengen Auffassung als der hier vertretenen huldigen, würde der Ueberbringer des Rezeptes bei regulärer Sachlage als Stellvertreter anzusehen sein. Ebenso nach Curtius. Es kann nämlich im Allgemeinen kaum zweifelhaft sein, daß der Apotheker bereits durch die Entgegennahme des Auftrags gegenüber dem Boten gebunden ist, daß man ihm also nicht etwa das Recht einräumen darf, so lange zu widerrufen, als die Nachricht von seiner Annahme noch nicht dem Auftraggeber durch den zurückkehrenden Boten zugegangen ist. Leonhard lehrt denn auch ausdrücklich und gewiß mit Recht, daß ein solcher Widerruf im Allgemeinen nicht als zulässig gelten darf. Nun sehen aber Schliemann und er das Charakteristische des Stellvertreters gerade darin, daß er den Prinzipal nicht nur bei der Offerte, sondern auch bei der Antwort auf dieselbe vertritt. Kon-

[144]) Vergl. insbesondere Leonhard, „Der Irrthum bei nichtigen Verträgen" S. 164, 165.

Digitized by Google

sequenter Weise müssen sie also den Standpunkt einnehmen, daß in dem Apothekerbeispiele, wie überhaupt, im Zweifel Stellvertretung, nicht Botschaft, vorliegt. Daß man den Träger des Rezeptes nicht als einfachen Boten zu behandeln hat, ergeben auch die Konsequenzen. Man nehme folgenden Fall. Es ist ihm gesagt, er solle zum Apotheker A., nicht zu B. gehen; aus Bequemlichkeit geht er dennoch zu B., läßt die Medizin anfertigen und bringt sie nach Hause. Inzwischen hat sein Auftraggeber, dessen Zustand sich besserte, dem A. telephonirt, er solle, auch wenn ihm das Rezept überbracht werde, die Medizin nicht bereiten. Haftet trotzdem der Kranke dem Apotheker B. auf Zahlung? Die Praxis wird Anstand nehmen, die Frage zu bejahen, besonders dann, wenn es sich um etwas mehr handeln sollte, als um den doch immerhin geringfügigen Betrag einer unnützen Medizin. Man wird den Auftraggeber nicht verantwortlich machen, denn die an B. gerichtete Offerte rührt nicht von ihm her, widerspricht vielmehr direkt dem ertheilten Auftrage. Sobald man jedoch den Mittelsmann als Boten auffaßt, bleibt angesichts der §§ 120, 122 B. G.B. nichts anderes übrig, als den gänzlich schuldlosen Mandanten zur Entrichtung des negativen Interesses anzuhalten. Ob er dann Regreß an dem Boten nehmen kann, hängt von dem Verhältnisse ab, in welchem dieser zu ihm steht. Selbst wenn ein Mandatsverhältniß existirt, ist die Möglichkeit eines Rückgriffs keineswegs immer gegeben: ist doch der Beauftragte nach § 665 B. G.B. berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers eventuell abzuweichen. Es kann also vorkommen, daß der Dominus haftet, ohne sich erholen zu können. Eine solche Entscheidung widerspricht dem sonst mit aller Strenge durchgeführten Prinzip, wonach bei einer Vollmachtsüberschreitung der Mandatar, nicht der Mandant einzutreten hat. Ganz anders, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung den Ueberbringer des Rezeptes als Stellvertreter charakterisirt. Dann ist er dem Apotheker gegenüber falsus procurator, hat also in Gemäßheit des § 179 B. G.B. zu erfüllen oder Schadensersatz zu leisten. Der Dominus haftet dem Apotheker überhaupt nicht, wohl aber eventuell dem Boten aus dem Mandate, falls nämlich der Ausnahmefall des § 665 B. G.B. vorliegt.

Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß man die Mittelsperson auf Grund ihres Auftretens nach außen hin dann

Digitized by Google

nicht zum Stellvertreter stempeln darf, wenn sie sich dem Drittkontrahenten gegenüber offensichtlich als nichtwollend präsentirte. Hätte in unserem Falle ein Kind das Rezept überbracht, so hätte es sonder Zweifel lediglich als Bote funktionirt. Bei einem Mißgriffe seinerseits würde also nach § 120 B. G. B. sein Auftraggeber haften: eine Inanspruchnahme des Kindes wäre ja auch schon durch § 104 Nr. 1 B. G. B. ausgeschlossen. Ebenso ist bei einer geistesschwachen Zwischenperson zu entscheiden. Im Resultate, wenn auch nicht in der Begründung, stimmt Leonhard damit überein. Auch dann, wenn nicht Minderjährige, sondern Großjährige als Beauftragte verwendet werden, können die Thatumstände für den Erklärungsempfänger[145]) klar ergeben, daß der Mandatar an der Formirung des Geschäftswillens gänzlich unbetheiligt ist und nur als Sprachrohr dient. Man denke z. B. an Dienstleute oder an einen Beauftragten, der lediglich ein Stück einer Vertragserklärung überbringt, etwa nur die Angabe der Quantität, nachdem sich die Parteien selbst vorher über Qualität und Preis geeinigt haben.[146]) Nicht anders steht es, wenn ein Lehrling oder eine Dienstmagd dem Banquier, mit dem der Chef resp. die Herrschaft in Geschäftsverbindung steht, den Auftrag zu einem Börsengeschäft übermittelt. Weil hier und in ähnlichen Fällen auch nach außen hin erkennbar das Verständniß für die Beurtheilung resp. die Möglichkeit der Beeinflussung des Inhalts der Botschaft fehlt, so ist es gänzlich gleichgültig, welche Ausdrücke gebraucht werden; ob gesagt wird: „Im Auftrage des X. soll ich erklären" oder „X. sendet Ihnen folgende Botschaft". Aus den gewechselten Worten beurtheilen zu wollen, ob jemand nach außen hin als Bote oder als Stellvertreter aufgetreten ist, wäre, wie Hellmann des genaueren ausführt,[147]) ein mit den heutigen Verkehrsanschauungen unverträglicher Formalismus.

Von dem angegebenen Standpunkte aus lassen sich auch die sonst in der Litteratur erwähnten Fälle leicht entscheiden. Ihering hatte den Freund, der nach Bremen reist und ersucht wird, bei dem Cigarrenlieferanten des Auftraggebers $^1/_4$ Kiste Cigarren zu bestellen, als

[145]) Nur darauf kommt es an.
[146]) Bähr in Ihering's Jahrbüchern Bd. 6 S. 300.
[147]) Vergl. auch Bähr S. 295.

Digitized by Google

Boten bezeichnet. Dagegen hatte sich außer Bähr[148]) auch Curtius,[149]) dieser mit der Begründung erklärt: zwar seien Waare und Preis durch die Umstände bestimmt, aber die Absicht sei entschieden dahin gegangen, daß durch die Bestellung des Freundes der Vertrag geschlossen, und nicht noch eine direkte Erklärung der Acceptation seitens des Kaufmanns an den Mandanten erfolgen solle. Im Resultate stimme ich mit Curtius aus dem oben[150]) angegebenen Grunde überein; allein das Fundament, auf dem er fußt, halte ich für irrig. Richtig ist allerdings, daß es wohl kaum noch der Annahme gegenüber dem Auftraggeber bedarf, und daß trotzdem der Bremer Kaufmann gebunden ist, sobald er die Bestellung dem Freunde gegenüber annimmt. Allein daraus allein läßt sich keineswegs ableiten, daß er mit diesem als Stellvertreter seines Kunden kontrahirt hat; vielmehr ergiebt sich die Unnöthigkeit eines die Ordre bestätigenden Briefes aus § 151 B. G. B.: die Annahme braucht dem Antragenden gegenüber nicht erklärt zu werden, weil eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, und weil der Antragende sie gar nicht wollte, also auf sie verzichtet hat. Demnach kann aus dem Umstande, ob der Bremer Kaufmann den Auftrag brieflich bestätigte oder nicht, für oder wider die Botenqualität nichts geschlossen werden. Dies Kennzeichen ist recht unsicher. Eine solche direkte Bestätigung kommt handelsüblich nämlich auch dann vor, wenn unzweifelhaft Stellvertretung vorliegt, und zwar dann, wenn der Oblat sich gegen eine etwaige Ueberschreitung der Vollmacht sichern will. Vorsichtige Geschäftsleute werden eine solche Bestätigung sogar immer vornehmen.

Curtius bezeichnet als Boten auch den, welcher einen Pferdekauf für einen anderen dann abschließen soll, wenn er sich vorher von einer bestimmten Beschaffenheit des Pferdes überzeugt hat. Auch darin vermag ich ihm nicht zu folgen. Die Mittelsperson verwandelt hier den bedingten Willen des Auftraggebers in einen unbedingten; sie formirt also den Geschäftswillen und dokumentirt das auch äußerlich durch die Untersuchung, welche, wenn der Mandatar bloß Sprachrohr ist, zwecklos wäre. Mitteis[151]) giebt zu, daß in dem von Curtius

[148]) S. 286 ff.
[149]) Archiv für d. civil. Praxis Bd. 58 S. 54 Anm. 7.
[150]) S. 388 f.
[151]) S. 121, 122.

Digitized by Google

angeführten Falle eine, wie er sie nennt, intensive Willenstheilung eintritt; ohne den Willen der Mittelsperson wäre das Rechtsgeschäft nicht zu Stande gekommen; er betrachtet sie daher ganz korrekt als Vertreter. Danach ist es auch unrichtig, wenn Curtius unter Berufung auf Schliemann — er hätte sich auch auf Savigny berufen können, dem Ruhstrat, Laband, Gareis, Zimmermann und Rudorff gefolgt sind — diejenige Person noch einen Boten nennt, welche zwischen zwei zu bestimmten Preisen dem Herrn angebotenen Pferden die Auswahl treffen soll. Daß Curtius dieser Meinung ist, dürfte um so auffallender sein, weil er kurz vorher[152]) gegen den Savigny'schen Satz polemisirt: „Mein auf mannigfaltige Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen denen der Stellvertreter die Wahl hat, ist immer noch mein Wille." Mit aller Entschiedenheit wirft Curtius dem Savigny vor, er habe den allgemeinen Willen, einen Vertrag zu schließen, mit dem speziellen Willen verwechselt, welcher durch den consensus zur lex contractus werde, um kurz darauf in denselben Irrthum zu verfallen. Gegen die von Curtius und Savigny vertheidigte Erstreckung des Begriffes des Boten haben sich denn auch Unger, Thöl und Hasenöhrl erklärt.[153]) Thöl hatte schon frühzeitig darauf hingewiesen, daß der Mandatar, welcher unter sechs bestimmten Pferden zu wählen hat, der Erzeuger, nicht der bloße Träger des Willens seines Prinzipals ist.[154])

Noch weit energischer als alle bisherigen Schriftsteller hat Bähr[155]) gegen die Ausstattung des Boten mit Willensfunktionen reagirt. Ihm ist Bote nur derjenige, welcher auch dem Dritten gegenüber als nicht bewußter Träger des Geschäfts erscheint. Dadurch wird der Begriff des Boten mit mündlicher Botschaft beinahe vollkommen eliminirt, denn wenn die mündliche Botschaft, wie es Bähr verlangt, in einem mechanischen Weitertragen von Worten besteht, so ist es offenbar viel leichter, den Abschluß der Mittelsperson „begrifflich"[156]) aufzu-

[152]) S. 72.

[153]) S. das Nähere bei Hasenöhrl „Das österreichische Obligationenrecht" Bd. 1 S. 371 Anm. 7.

[154]) S. sein Handelsrecht Bd. 1 § 70 S. 238, 239. 6. Auflage.

[155]) Ihering's Jahrbücher Bd. 6 S. 299 ff.

[156]) Bähr's eigener Ausdruck; er will damit bezeichnen, daß die Bedeutung des Abschlusses von der Mittelsperson begriffen wird.

Digitized by Google

tragen, als sie zum Hersagen bestimmter Worte abzurichten. Ich glaube indessen nicht, daß Bähr's Ansicht für das B. G.B. adoptirt werden kann. Der Telegraphist befördert — ähnlich wie der Träger einer mündlichen Botschaft — die Willenserklärung des das Telegramm Auftraggebenden nicht in natura an den Adressaten; was an diesen kommt — die Depesche — ist vielmehr das Resultat einer freien und bewußten Willensthätigkeit des Telegraphenbeamten. Ebenso, wie sich der Bote seines Mundes bedient, so benutzt der Telegraphenbeamte den elektrischen Strom zur Wiedergabe der Erklärung. Dennoch hat man nie daran gezweifelt, daß auch derjenige Telegraphenbeamte lediglich als Bote fungirt, welcher die Bedeutung des von ihm beförderten Telegramms begreift. Bähr hat diesen Einwand vorausgesehen; er weist[157]) darauf hin, „der Telegraphist habe nur die Worte wiederzugeben, ohne sich mit dem Sinne zu beschäftigen". Wie man sieht, wird hier die Definition des Boten unter der Hand umgewandelt. Nicht darauf soll es nunmehr ankommen, ob die Zwischenperson die Bedeutung des Rechtsaktes begreift oder nicht, sondern darauf, ob sie sich pflichtgemäß nur auf die Reproduktion der Worte zu beschränken hat. Aber auch bei dieser erheblich erweiterten Fassung des Botenbegriffs wird man nicht stehen bleiben dürfen. Der gemeinschaftliche Makler, der sich seiner Stellung gemäß darauf beschränkt, das Geschäft zu vermitteln und die Erklärungen der einen Partei der anderen zu überbringen, ist gewiß ein Bote.[158]) Er verliert diese Qualität nicht dadurch, daß er andere Redewendungen gebraucht, als die von den Parteien ihm gegenüber angewendeten. Ein solches Pressen der Worte wäre dem modernen Rechtsbewußtsein zuwider. Es ist auch nicht recht glaublich, daß ein im besten Sinne so praktischer Autor wie Bähr einem schädlichen Formalismus gehuldigt haben sollte. Eher ist anzunehmen, daß ihm in der berechtigten Tendenz, den Begriff des Boten zu säubern, einige allzu scharf pointirte Wendungen entschlüpft sind. So verstanden decken sich aber die Resultate, zu denen Bähr schließlich kommen muß, vollkommen mit den von mir verfochtenen. Auch er wird sich bei konsequenter Weiterverfolgung des einmal eingeschlagenen Weges dazu gedrängt sehen, eine Zwischenperson, die im

[157]) S. 303.

[158]) Seuffert's Archiv Bd. 32 Nr. 165.

Digitized by Google

Interesse eines anderen eine Erklärung abgiebt, präsumptiv als Stellvertreter aufzufassen, eine äußerst werthvolle Unterstützung der in diesem Aufsatze entwickelten Ansicht.

IV. Willensmängel.

Bei der Uebermittelung einer Willenserklärung durch einen Boten kann eine Abweichung von dem Gewollten entweder dadurch herbeigeführt werden, daß sich der Auftraggeber irrt; es kann zweitens der Bote irrthümlich oder absichtlich die Willenserklärung des Dominus fälschen; es kann endlich sein, daß sich beide Personen irren.

a) Befand sich der Auftraggeber bei der Ertheilung des Auftrages in einem wesentlichen Irrthume[159]) und richtet der Bote die irrthümliche Bestellung so aus, wie sie aufgetragen ist, so kann der Auftraggeber in Gemäßheit des § 122 B. G. B. anfechten. Zwar hat nicht er gesprochen, sondern der Bote; aber das von diesem Erklärte gilt rechtlich so, als ob er es selbst erklärt hätte. In der Vorlage des Redaktors Dr. Gebhard an die erste Kommission[160]) wird ausdrücklich die eigene Erklärung und die Erklärung durch einen mündlich oder schriftlich sprechenden Mittelsmann gleichgestellt. Eben deshalb würde eine Beauftragung anfechtbar sein, zu welcher der Dominus widerrechtlich durch Drohung[161]) oder durch Arglist des Gegenkontrahenten bestimmt ist. Hat ein Dritter die Täuschung verübt und dadurch die Beauftragung des Boten erwirkt, so kann nach § 123 B. G. B. nur dann angefochten werden, wenn der Gegenkontrahent die Täuschung kannte oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt kennen mußte. Dabei ist das Wissen oder Nichtwissen des Boten ganz gleichgültig.[162]) Zweifel könnte in dieser Richtung der Absatz 2 des § 123 erregen, weil er davon spricht, daß die Anfechtung nur dann gegeben wird, wenn der die Erklärung Empfangende mit dem deliktischen Ursprung vertraut oder aus Fahrlässigkeit nicht vertraut war. Zielt das nicht auf den Boten als denjenigen, welcher der rein physikalischen Auffassung nach der einzige ist, der eine Erklärung

[159]) § 119 B. G. B.

[160]) S. 111 des Berichtes über „Das Rechtsgeschäft. Culpa in contrahendo".

[161]) Gleichgültig, von wem die Drohung ausging; sie wirkt in rem.

[162]) Mitteis S. 273 sub I u. S. 279.

Digitized by Google

des Dominus empfängt? Allein juristisch spielt er lediglich eine passive Rolle; er ist der Mund, durch den der Dominus spricht; der Erklärungsempfänger ist also nicht er, sondern der, dem die Botschaft ausgerichtet wird.

b) Aus der Auffassung, daß der Bote nichts weiteres ist als ein Organ, erklärt sich auch der § 120 B.G.B. Ebenso gut wie man nach §§ 119, 122 dafür einzustehen hat, wenn der eigene Mund sich verspricht, haftet man für ein Versehen des Boten bei der Ausrichtung des Auftrages. Den ersten Anstoß, sich mit dem hier behandelten Problem zu beschäftigen, gab der bekannte Köln-Frankfurter Telegraphenfall, in welchem aus einer Kauf- eine Verkaufsorder gemacht war. Daran schloß sich eine äußerst umfangreiche Litteratur, die mit mehr oder minder Glück nach einer Konstruktion suchte, um dem Beauftragten die Möglichkeit zu geben, sich schadlos zu halten.[163]) Auch das Reichsgericht[164]) war der Ansicht, daß der Auftraggeber die Folgen der unrichtigen Uebermittlung einer telegraphischen Willenserklärung zu tragen hätte. Es fehlte allerdings nicht an Dissentienten, die jene Haftpflicht für unkonstruirbar hielten. Allein die Meinung, daß man unter allen Umständen für den Boten aufzukommen habe, brach sich immer mehr Bahn und wurde die herrschende. Nur zwei, allerdings sehr wichtige Ausnahmen machte man von der Entschädigungspflicht. Man ließ erstens den Prinzipal nicht haften für bewußte Entstellungen des Boten[165]) und sprach ihn zweitens frei, wenn die unrichtige Mittheilung seiner Erklärung die Folge von Umständen ist, welche „außer aller Berechnung liegen".[166]) Den letzteren Ausdruck schlug der Redaktor Dr. Gebhard[167]) als geeignet vor, indem er ausdrücklich bemerkte, die Ausdrucksweise decke wohl auch den Fall, wenn die mit der Uebermittlung des Willens betraute Mittelsperson dieselbe wissentlich falsch übermittle. Die erste Kommission acceptirte indeß diese Ausnahme nicht.[168]) In der zweiten Kommission wurde der Antrag gestellt,[169]) die Schadensersatzpflicht dann nicht eintreten zu lassen,

[163]) Windscheid § 309 Note 5.

[164]) Bd. 28 Nr. 3.

[165]) Windscheid § 309 sub 2. Lenel in Jhering's Jahrbüchern Bd. 36 S. 17.

[166]) Windscheid loc. cit.

[167]) S. 111.

[168]) § 101 E. I.

[169]) S. 117 der gedruckten Ausgabe der Protokolle von Achilles.

Digitized by Google

wenn die Unrichtigkeit der Uebermittlung ihren Grund in höherer Gewalt hat. Dieser Antrag wurde, wenn auch nur mit geringer Majorität, angenommen.[170]) Die Minorität wies damals ausdrücklich darauf hin, wie zweifelhaft es sei, ob man eine dolose oder eine in Folge einer momentanen geistigen Erkrankung erfolgte Entstellung der Botschaft unter den Begriff der höheren Gewalt subsumiren könne. Erst die Reichstagskommission stellte sich wieder auf den Standpunkt des ersten Entwurfs. Der Bericht besagt darüber: für den Geschädigten sei der Grund der unrichtigen Uebermittlung vollkommen gleichgültig; die Sicherheit des Verkehrs fordere, daß dieser Fall nicht anders behandelt werde, wie alle übrigen Fälle unrichtiger Uebermittlung.[171])

Diese Entstehungsgeschichte lehrt, daß selbst ein Dolus des Boten in der Uebermittlung die Verantwortlichkeit des Dominus nicht aufzuheben vermag, ein auf den ersten Blick gewiß auffallender Rechtssatz. Es haftet danach jemand für die Böswilligkeit eines Anderen, trotzdem er zu der Botschaft, wie sie ausgerichtet ist, nicht im mindesten Auftrag ertheilt hat. Die Norm wird indeß minder auffallend, wenn man erwägt, daß nach § 278 B.G.B. derjenige, welcher sich der Hülfe anderer Personen bedient, für diese Gehülfen einzutreten hat. Dem Wortlaute nach bezieht sich der Paragraph nur auf die Erfüllung bereits abgeschlossener Kontrakte. Der § 120 ist nichts weiteres als die Ausdehnung dieses Prinzips auf den Zeitraum, während dessen der Vertrag noch in der Entstehung begriffen ist. So ganz unsystematisch ist also unsere Norm nicht. Immerhin haben wir es hier mit einer Ausnahmevorschrift zu thun. Bei der Stellvertretung ist die Sache gerade umgekehrt geordnet: dort haftet der Mandant nur insoweit, als seine Vollmacht reicht. Man vergleiche bezüglich der Delikte von Beauftragten ferner den § 831 B.G.B. Das mahnt daran, den Begriff des Boten möglichst exakt und eng zu fassen, und ist so eine direkte Bestätigung der Ansicht, von welcher wir stets ausgegangen sind,[172]) daß man sich nämlich im Zweifel gegen das Vorhandensein einer Botschaft und für die Existenz einer Stellvertretung zu entscheiden habe. Ganz besonders exorbitant, ja geradezu der Billigkeit wider-

[170]) S. E. II § 97 Abs. 2 letzter Satz.
[171]) S. Haidlen Kommentar § 120.
[172]) S. oben S. 393 f.

Digitized by Google

sprechend, erscheint die unbedingte Verantwortlichkeit für den Boten dann, wenn dieser absichtlich einen Auftrag ganz anderer Art ausrichtet, als ihm aufgetragen ist. Um ein möglichst auffallendes Beispiel zu geben: Ihm ist aufgetragen, 1 Pfd. Kaffee einzukaufen; statt dessen giebt er den Auftrag zu einem umfangreichen Börsengeschäft. Trifft der § 120 wirklich auch solche Fälle oder ist hier zu sagen, daß ein Botenauftrag an den Banquier gar nicht vorlag, mithin auch nicht entstellt werden konnte? Allein dieser Gesichtspunkt, so einleuchtend er auch auf den ersten Blick erscheinen mag, trifft nicht zu. Auch bei der unrichtigen Uebermittlung, welche unzweifelhaft dem Dominus zur Last fällt — man denke an den Köln-Frankfurter Telegraphenfall, auf den der ganze Paragraph zugeschnitten ist — war ein Auftrag zu der Botschaft in der Form, wie sie schließlich an den Dritten gelangte, nicht gegeben. Wo ist die Grenze zwischen der „unrichtigen Uebermittlung" und der Ausrichtung einer „anderen Botschaft"? Wenn man jene berühmte Verwechslung der Worte „Kaufen" und „Verkaufen", wodurch ein Verlust von ca. 40,000 Thaler entstand, noch unbedenklich unter den Begriff der „unrichtigen Uebermittlung" stellt, so ist gar nicht abzusehen, was man nicht darunter bringen kann. Dasjenige, was in unserem Beispiele stutzig macht, ist dann auch nicht die Existenz einer „anderen Botschaft", sondern — genau betrachtet — die Thatsache, daß der Bote absichtlich auf den Inhalt der Botschaft eingewirkt hat, also nicht die Entstellung rein objektiv betrachtet. Man wird z. B. den § 120 unbedenklich dann anwenden, wenn der Bote 100 Pfd. Kaffee beim Kaufmann Müller einkaufen soll, sich aber verhört, zum Kaufmann Möller geht, der nur mit Vanille handelt, und bei ihm „100 Pfd." bestellt. Auch hier ist der Preisunterschied enorm. Da wir bereits festgestellt haben, daß das Moment der Absichtlichkeit nicht releviren kann, so werden wir uns auch in dem zuerst angeführten Falle für die Anwendung des § 120 und damit für die Haftung des Dominus auf das negative Interesse zu entscheiden haben. Dabei ist aber auf zwei Punkte hinzuweisen, die ein praktisch unannehmbares Resultat verhindern. Zunächst ist daran zu erinnern, daß diejenige Mittelsperson, die ihren Auftrag bloß mündlich ausrichtet, im Allgemeinen als Vertreter anzusehen ist; bei einer Ueberschreitung des Mandats haftet daher sie, nicht der Dominus. Sodann tritt nach

Digitized by Google

dem B. G.B. eine Ersatzpflicht des Auftraggebers dann nicht ein, wenn der Dritte die Entstellung der Botschaft kennen mußte, d. h. aus Fahrlässigkeit nicht kannte.[173]) Nun pflegt man aber Aufträge von irgend welcher Bedeutung nicht durch einen gänzlich unlegitimirten Boten zu ertheilen. Erscheint ein solcher trotzdem, so erkundigt sich ein vorsichtiger Geschäftsmann zunächst beim Auftraggeber, es sei denn, daß anderweitige Umstände die Richtigkeit der Botschaft wahrscheinlich machen. Es ist sogar handelsüblich, daß man ein mit dem Dominus selbst abgeschlossenes Geschäft, sofern die Bindung bloß mündlich geschah, hinterher schriftlich bestätigt. Um wieviel mehr ist diese Vorsicht beim Abschluß durch einen Nuntius geboten!

c) Wenn sowohl der Auftraggeber wie der Bote sich irren, so sind die unter a) und b) entwickelten Rechtssätze maßgebend. Es kann unter Umständen vorkommen, daß sich der beiderseitige Irrthum wieder aufhebt, das Geschäft also gültig ist. A. will den Hengst X. kaufen, er bedient sich des B. als Nuntius, verspricht sich aber diesem gegenüber und giebt ihm den Auftrag, die Erklärung bezüglich des Hengstes Y. abzugeben. Dem B. unterläuft bei der Bezeichnung des Thieres ein error in corpore, indem er den Hengst X. als das Kaufobjekt ansieht. Die so begangenen beiden Irrthümer sind einflußlos, weil sie sich gegenseitig korrigiren; A. kann nicht anfechten; es ist gekauft, was gekauft werden sollte.[174]) Der Fall liegt genau so, wie wenn man sich beim Diktat eines Geschäftsbriefes verspricht und der Schreiber dennoch das wirklich gemeinte hinschreibt.

V. Nichtigkeit des Botenauftrags.

Eine eigenthümliche Schwierigkeit ergiebt sich, wenn der Botenauftrag keiner vis compulsiva, sondern der vis absoluta sein Entstehen verdankt, oder wenn das dem Boten ertheilte Mandat aus einem andern Grunde — z. B. Geisteskrankheit des Dominus — sich als nichtig erweist. A. schreibt einen Brief mit einer Kaufofferte, die von B. an C. gebracht werden soll, aber erst dann, wenn bei A. eine Nachricht bestimmten Inhalts eingetroffen ist. Er steckt den Brief vor der Hand zu sich; D. entreißt ihm den Brief und giebt ihn zur Beförderung.

[173]) § 122 Abs. 2 B. B.G.
[174]) So auch Mitteis S. 273.

Digitized by Google

Bei Anwendung absoluter Gewalt bedarf es der Anfechtung nicht,[175]) weil überhaupt keine Willenserklärung des A. vorliegt. Eben deshalb kann die Erklärung, welche der Bote abgiebt, nicht als Erklärung des Herrn gelten. Daran knüpfen sich zwei Fragen:

a) Kann der Bote von dem getäuschten Dritten haftbar gemacht werden?

b) Ist der angebliche Prinzipal A. verantwortlich, wenn er nach Beendigung der Zwangslage den Dritten oder den Boten noch in Kenntniß hätte setzen können, daß nur der Schein eines Botenauftrags vorlag, diese Benachrichtigung aber trotzdem unterließ?

Was den ersten Punkt anlangt, so lehrt man gewöhnlich,[176]) der Bote könne sich bei der rein passiven Rolle, die er spielt, nicht verantwortlich machen. Dagegen opponirten Bähr,[177]) Mitteis,[178]) sowie Dernburg.[179]) Es scheint in der That höchst unbillig, daß der Stellvertreter nach § 179 B.G.B. unbedingt für das Vorhandensein der Vollmacht einzustehen hat, während der Bote sich jeder Verbindlichkeit für das Bestehen des Botenauftrags soll entschlagen dürfen. Wenn sich die herrschende Meinung dem gegenüber darauf beruft, daß der Bote lediglich ein Instrument, ein Organ, der Stellvertreter dagegen Willensproduzent sei, daß daher beim Boten jede Haftung schon begrifflich ausgeschlossen sei, so thut sie das meines Erachtens zu Unrecht. Auch der Bote ist ebenso gut wie der Stellvertreter ein wollendes und denkendes Wesen. Er will allerdings keinen Einfluß auf den Inhalt des Vertragswillens ausüben, wohl aber will er sich bewußt seiner Botschaft entledigen. Das Faktum der Ausrichtung ist ebenso gut sein freier Entschluß[180]) wie beim Stellvertreter des Handeln auf Grund der Vollmacht. So wohlfeilen Kaufes kommen wir also nicht davon. Um zu einem richtigen Resultate zu gelangen, müssen wir die einzelnen Fälle kasuistisch betrachten.

Dabei fällt sofort auf, daß der von Mitteis[181]) proklamirte

[175]) Fischer, Kommentar Anm. 4 zu § 123; Motive Bd. 1 S. 204.

[176]) Vergl. z. B. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 53.

[177]) Jahrbücher Bd. 6 S. 296 ff.

[178]) S. 174 ff. sub. 2.

[179]) Pandekten Bd. 2 § 10.

[180]) Mitteis S. 175.

[181]) Ebenda.

Digitized by Google

Grundsatz: Der Bote habe dafür zu haften, daß er den vorgegebenen Auftrag hinter sich habe, er sei zur Prüfung desselben verpflichtet, entschieden zu weit geht. Der Telegraphist befördert die nicht chiffrirte Depesche unter Kenntnißnahme ihres Inhalts mit vollem Bewußtsein ihrer rechtlichen Relevanz. Dadurch wird aber das Telegraphenamt oder der Telegraphist selbst nicht verpflichtet, wenn etwa ein Wahnsinniger das Telegramm aufgab, oder wenn sich der Aufgebende durch Gewalt oder Diebstahl in den Besitz des Aufgabeformulars gesetzt hat; ebensowenig haftet man dafür, daß der Absender mit dem Unterzeichner identisch ist. Auch daran ist nicht zu denken, daß etwa die Postverwaltung in Anspruch genommen werden kann, wenn der Brief, der gar nicht abgesendet werden sollte, von einem Unbefugten in den Postkasten geworfen wurde. Sie ist nach der Postordnung bekanntlich sogar zur Beförderung aller Sendungen verpflichtet, die sie in ihren Kästen vorfindet. Das war sicherlich auch nicht die Meinung von Mitteis. Oeffentlich meint er nur diejenigen Fälle, in denen eine mündliche oder schriftliche Botschaft auf Grund eines dem Boten persönlich gegebenen Auftrages überbracht wird. Hierbei kann er allerdings im gewissen Umfange prüfen, ob der ihm ertheilte Auftrag rechtsbeständig ist oder nicht. Auch hier giebt es indessen Thatbestände, bei denen uns das natürliche Rechtsgefühl ohne weiteres sagt, daß man unmöglich den Boten verantwortlich machen kann. So etwa dann, wenn ein Dienstmann den Brief, der noch gar nicht abgesendet werden sollte und dem Schreiber mit Gewalt entrissen oder durch Diebstahl entfremdet ist, von dem Uebelthäter zur Beförderung erhält und ihn abgiebt. Niemand muthet es ihm zu, sich erst über die Person und Sachlegitimation des Auftraggebers zu vergewissern. Die Analogie des Telegraphenbeamten, der sich ebenfalls weder um die Provenienz der Depesche, noch um die Personenidentität kümmert und sich dennoch nicht verantwortlich macht, ist zwingend. Die Sache gewinnt aber ein anderes Gesicht, wenn man [182]) annimmt, der Auftrag sei von einem bis zur Willensunfähigkeit Betrunkenen gegeben und trotzdem vom Boten bestellt. Bähr polemisirt dagegen, daß die herrschende Meinung den Boten solchen Falls für außer aller Verantwortung erklärt, und fordert seine Haftung. Letzteres mit Recht: es ist aber unnöthig, sich auf die Analogie des § 179 B.G.B. zu

[182]) Ein Bähr'sches Beispiel; S. 298 seines Aufsatzes.

Digitized by Google

berufen. Der Bote, dem der Zustand seines Auftraggebers nicht entgangen sein kann, handelt gegen den § 826 B. G.B., wenn er die Bestellung ausrichtet, ohne die Trunkenheit zu erwähnen. Er weiß, daß diese Thatsache von Wichtigkeit für die Rechtsbeständigkeit der Bestellung ist. Verschweigt er sie *vorsätzlich*, so hat er den eventuellen Schaden des Dritten *gewollt*. Eine solche Handlungsweise verstößt gegen die guten Sitten. Damit ist aber der *Bähr*'sche Einwand nicht erledigt. Denn wie ist es, wenn der Bote bloß aus *Fahrlässigkeit* die Schilderung des Zustandes unterließ oder wenn er ihn gar nicht bemerkt hatte, aber bei Anwendung einiger Sorgfalt hätte bemerken können? *Mitteis* verweist auf die Analogie der Vorschriften über den falsus procurator. Für das B. G.B. würde sich daraus ergeben, daß jeder Bote unbedingt für die Rechtsgültigkeit seines Botenauftrages aufzukommen hätte.[183]) Das geht zu weit. Es ist undenkbar, daß die Post oder ein Dienstmann dafür verantwortlich sein soll, wenn Briefe eines Wahnsinnigen befördert werden, und der dadurch getäuschte Empfänger in Schaden geräth. Dagegen spricht das Billigkeitsgefühl für die Haftung, wenn der Bote *culpos* verfuhr. Der Empfänger einer Botschaft verläßt sich darauf, daß der Bote keine Umstände bemerkt hat, die ihm Zweifel an der Rechtsbeständigkeit des Auftrages erregen, ohne sie mitzutheilen, und daß der Bote bei der Entgegennahme des Auftrags mit der üblichen Sorgfalt verfährt. *Zu genaueren Nachforschungen wird ihn indeß niemand für verpflichtet erachten.* Die äußeren Umstände müssen bei Anwendung der gehörigen Diligenz geeignet sein, Verdacht zu erregen. Man soll also keine Aufträge eines Trunkenen oder eines solchen befördern, der sich im Zustande der Geschäftsunfähigkeit befindet, ohne dieses Umstandes Erwähnung zu thun, sofern man den anormalen Zustand bemerken konnte. Ebenso wenig darf man eine Bestellung von *Herrn X.* ausrichten, wenn man sie in Wahrheit gar nicht von ihm, sondern von einem Dritten empfangen hatte und man diesen Umstand wissen konnte. Aber niemand wird es andererseits dem Dienstmann zumuthen, sich davon zu überzeugen, ob sein Auftraggeber sich nicht vielleicht eines falschen Namens bedient hat. Die Grenzen der culpa sind hier, wie überall, elastisch und lassen sich nur von Fall zu Fall feststellen. Nur soviel wird sich

[183]) S. § 179 B. G.B.

Digitized by Google

generell sagen lassen, daß der Bote als Transportwerkzeug sich mit einer summarischen Untersuchung begnügen kann. Die Verdachtsgründe müssen also schon recht offenkundig sein, wenn man ihn der Vernachlässigung der Sorgfalt zeihen will. Die Haftung für culpa ließe sich in folgender Weise rechtfertigen. In einem Urtheile des Reichsgerichts vom 17. April 1895[184]) ist ausgeführt, es müsse als ein Postulat der bona fides und als dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entsprechend angesehen werden, daß ein Kaufmann solche Einrichtungen in seinem Geschäfte zu treffen habe, welche die Sicherheit richtiger Bestellung von Werthsendungen durch die Post[185]) auch denjenigen gewährleisten, die mit ihm in keinen kontraktlichen Beziehungen stehen. Löst man das hier ausgesprochene Prinzip aus seiner auf den betreffenden Fall zugeschnittenen Fassung los, so erhält man den Satz: Es ist jedermann jedem gegenüber gehalten, sein Geschäft ordnungsmäßig einzurichten und seinen Beruf ordnungsmäßig wahrzunehmen. Ich habe in einer noch in der Vorbereitung befindlichen Schrift auszuführen versucht, daß sich für dieses Prinzip mehrere Anwendungsfälle im positiven Recht nachweisen lassen, und mich bemüht, die Grundzüge einer Theorie solcher Pflichten zu entwerfen, die von mir Verkehrspflichten genannt wurden, weil sie durch die bloße Betheiligung am Verkehre entstehen und darin wurzeln, daß man seinen Beruf pflichtgemäß auch denjenigen gegenüber wahrzunehmen hat, mit denen man nicht durch einen obligatorischen Nexus verbunden ist. Daraus resultirt unter anderen auch die Pflicht zur Sorgfalt bei der Eingehung von Kontrakten, wie sie im § 306 B. G. B. in einem Spezialfalle ausdrücklich anerkannt ist. Ist diese Ansicht richtig, so gäbe sie einen Anhaltspunkt, um den fahrlässig handelnden Boten verantwortlich zu machen. Sonst sehe ich keine Möglichkeit, zu diesem Resultate zu gelangen, das von der Billigkeit gebieterisch gefordert wird.

VI. Bedeutung der Uebergabe der Botschaft an den Boten.

Windscheid[186]) lehrt, die Erklärung des Vertragswillens vollende sich, wenn sie schriftlich geschähe, mit der Absendung (Entäußerung)

[184]) Entsch. Bd. 35 Nr. 80.

[185]) Darum handelte es sich in concreto.

[186]) Pandekten § 309 sub 2.

Digitized by Google

der Schrift (des Briefes), nicht etwa schon mit der Niederschrift; geschehe sie durch einen Boten, so erfolge sie durch die Ertheilung des Auftrags an denselben. Auf einem ähnlichen Standpunkt steht Schott.[187]) Ihm ist das für die Perfektion des Vertrages entscheidende Moment die Erklärung an den Boten resp. die Uebergabe des Briefes an den Briefträger, wenn und soweit es sich um die Willenserklärung des acceptirenden Gläubigers handelt; der Mittheilung an die Gegenpartei vindizirt er in diesem Falle bloß den Charakter einer für das Zustandekommen des Vertrages irrelevanten Benachrichtigung. Anders, wenn es sich um den Willensentschluß des Schuldners dreht; dann soll umgekehrt erst die Erklärung des Boten an den Gegenkontrahenten resp. die Abgabe des Briefes der kritische Akt sein. Regelsberger[188]) operirt mit einer Zerlegung des Botenbegriffs: ein Bote könne entweder Transportwerkzeug oder Erklärungsinstrument sein; die Uebermittlung einer mündlichen Botschaft könne nur durch den Beauftragten erfolgen, die Uebermittlung des Briefes auch durch einen Finder. Weit radikaler ist Hölder.[189]) Er verwirft jene Unterscheidung und meint, der vom Boten verlorene Brief könne dem Adressaten sowohl dadurch zugehen, daß der Adressat selbst oder ein anderer ihn findet und überbringt; ebenso könne aber auch der andere Theil zufällig die Ertheilung des mündlichen Auftrags an den Boten mit angehört haben, wodurch er in der Lage sei, den durch die Ertheilung des Auftrags vollzogenen und zufällig jetzt schon von ihm vernommenen Auftrag sofort auszuführen. Wie man sieht, trennt Hölder die Existenz der Erklärung, die bereits durch die Beauftragung des Boten vollzogen wird, vollkommen von der Uebermittlung und erklärt die Art und Weise der letzteren für gleichgültig. Nach Zimmermann[190]) will der Absender eines Boten seinen Entschluß nur durch die Ausrichtung dieses Boten erklären, es sei denn, daß die Person des Ausrichtenden mehr oder minder gleichgültig ist: „es genügt also nicht, daß der Dritte zufällig in den Besitz des den Botenauftrag enthaltenen Schreibens gelangt ist"; ebensowenig, wenn ein Anderer, der die mündliche Auftragsertheilung zufällig mit angehört

[187]) „Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden" S. 71.
[188]) Pandekten § 160 S. 586.
[189]) Arch. für d. civ. Praxis Bd. 73 S. 113.
[190]) „Die Lehre von der stellvertretenden neg. gestio" S. 19 u. 20.

Digitized by Google

hat, den Inhalt unbefugter Weise dem Dritten berichtet. Anders soll es sich — ganz wie bei Regelsberger — beim Briefträger verhalten; hier hält er es im Zweifel für gleichgültig, welche Person die Hülfe leiste: es komme nur darauf an, daß die Willenserklärung durch den Brief an den Adressaten gelange. Im wesentlichen ebenso ist die Ansicht Schliemann's.[191])

Alle diese Theorien stimmen in einem Punkte überein: sie erklären es überhaupt oder doch theilweise für gleichgültig, daß die Mittheilung der Willenserklärung gerade durch den gewählten Boten erfolge. Eine ganz andere Auffassung findet sich in der Vorlage des Redaktors Gebhard an die erste Kommission.[192]) Er geht davon aus, daß die Ausrichtung solcher Bestellungen eine Rechtshandlung, wenn auch kein Rechtsgeschäft, sondern nur der Theil eines Rechtsgeschäftes sei;[193]) ihre Zurechnung beurtheile sich wie bei allen bloßen Rechtshandlungen nach der Kausalitätsbeziehung zwischen der Wirkung (Verständigung des Adressaten) und der Absendungsthat. Es heißt dann weiter wörtlich: „Hieraus folgt von selbst, daß, wenn zwar der Erfolg eintrat, aber mit Unterbrechung der Kausalitätsbeziehung und durch Dazwischenschieben eines neuen, gar nicht als mitwirkend in Aussicht genommenen Faktors die Zurechnung nicht stattfindet. Der verloren gegangene Brief wird z. B. vom Finder an seine Adresse befördert; jemand, der die Ertheilung des Auftrags angehört hat, benachrichtigt den Adressaten". Gebhard erklärt also jede Abweichung von dem durch den Absender gewählten Uebermittelungsmodus für wesentlich. Dabei beruft er sich merkwürdiger Weise auf Zimmermann Seite 19, trotzdem ihm nicht entgangen ist, daß dieser auf Seite 20 bezüglich des Briefträgers andere Grundsätze entwickelt. Sollte Gebhard auch dieser Meinung sein? Der Wortlaut seiner Ausführungen spricht dagegen.

Wir haben somit eine bunte Musterkarte der verschiedenartigsten Ansichten vor uns. Für welche hat man sich nach dem B. G. B. zu entscheiden? Eins ist ohne weiteres klar. Da nach § 130 B. G. B.

[191]) Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 16 S. 6 u. 7.

[192]) S. 156 des Abschnittes II Titel 2 unter der Rubrik „das Rechtsgeschäft. Stellvertretung".

[193]) S. über den Unterschied zwischen Rechtsgeschäft u. Handlung die Motive Bd. 1 S. 127.

Digitized by Google

eine Willenserklärung, die empfangsbedürftig ist und nicht unter Anwesenden abgegeben wird, erst in dem Zeitpunkte wirksam wird, in welchem sie dem Adressaten zugeht, so fallen alle diejenigen Konstruktionen weg, welche die Perfektion in einen früheren Zeitpunkt verlegen, wie die von Windscheid und Schott. Was den ersteren angeht, so schwächt er zudem im § 306 Anm. 6 seine Meinung dahin ab, daß er die Erklärung, ehe sie an den Dritten gelangt ist, noch als die des Erklärenden bezeichnet, sodaß man den abgeschickten Boten noch zurückrufen, sich den abgesendeten Brief von der Post zurückgeben lassen kann. Darüber klärt uns aber der § 130 nicht auf, ob eine Veränderung in der vom Erklärenden beabsichtigten Weise der Uebermittelung den Eintritt der Wirksamkeit verhindert oder nicht. Es läßt sich nicht leugnen, daß die strenge Gebhard'sche Ansicht auf den ersten Blick sympathisch berührt und den Eindruck konsequenter Folgerichtigkeit macht. Der Willensentschluß allein ruft keine Wirkungen hervor; er muß auch geäußert sein. Der Modus der Erklärung steht vollkommen im Belieben des Erklärenden. Er kann willkürlich zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit, zwischen der Uebermittelung durch Boten, Brief oder Telegramm wählen; wird keine ausdrückliche Kundgebung erfordert, so genügt die Vornahme konkludenter Handlungen. Es ist ferner sein unbestrittenes Recht, die speziellen Einzelheiten der Uebermittelung nach seinem Gutdünken zu bestimmen. Niemand vermag ihm darin etwas vorzuschreiben. Sollte es trotzdem gestattet sein, ihm eine andere Modalität — vielleicht ganz gegen seinen Willen — unterzuschieben, indem etwa statt des Boten A. der Bote B. überbringt oder statt der Post und schriftlich ein Dritter und mündlich, der zufällig das Diktat des Offertbriefes vernommen oder den Inhalt vom Schreiber erfahren hat? Schmälert man dem Erklärenden durch die Billigung eines solchen Verfahrens nicht indirekt das ihm unzweifelhaft zustehende Recht, die Erklärungsmodalitäten zu bestimmen? Allein eine solche aprioristische, die Unterschiede zwischen den einzelnen Fällen verwischende Argumentation ist in einer Wissenschaft, die wie die Jurisprudenz praktische Aufgaben zu erfüllen hat und dem Leben dienen soll, schon an und für sich gefährlich. Bedenklich ist auch, daß wir nach Gerhard in vielen Fällen die Richtigkeit eines äußerlich abgeschlossenen Vertrages annehmen müßten, weil in Folge der Veränderung in der Uebermittelung eine juristisch gültige

Digitized by Google

Willenserklärung nicht vorläge. Ein solches Ergebniß wäre praktisch höchst unerwünscht. Meines Erachtens wird man auch hier etwas kasuistischer vorgehen müssen, um festzustellen, ob unsere Frage für alle Arten von Boten einheitlich beantwortet werden kann, oder ob man und wie man scheiden muß. Als Leitstern hat uns dabei zu dienen, ob der Absender normaler Weise ein Interesse daran haben kann, daß die Art der Uebermittelung nicht geändert wird.

Ich gehe von dem typischen Falle eines Boten aus: der Uebermittelung durch die Post. Es ist schon von vornherein auffallend, daß mit Ausnahme von Gebhard sämmtliche Schriftsteller es für gleichgültig erklären, wie der Brief befördert wird. In der That scheint es mehr wie sophistisch, wenn sich der Erklärende, um sich der kontraktlichen Verpflichtung zu entziehen, darauf berufen wollte, der Brief sei nicht mit der Stadtprivatpost, für die er nach Ausweis der Marken bestimmt war, sondern mit der Staatspost befördert, oder wenn er geltend macht, nicht der vorgeschriebene Dampfer X., sondern der Dampfer Y. habe den Brief trotz der entgegenstehenden Bemerkung auf dem Kouvert mitgenommen. Offensichtlich ist das auch die Meinung des B. G. B. Im § 149 bestimmt es, daß eine in Folge nicht regelmäßiger Beförderung verspätet zugegangene Annahmeerklärung immer noch eine rechtsgültige Willenserklärung des Absenders darstellt, und daß, trotzdem die Art und Weise der Beförderung den Intentionen desselben — und zwar erkennbar — nicht entsprach. Die herrschende Meinung hat also in der Mehrzahl der hierher gehörigen Fälle Recht; sie geht aber zu weit, wenn sie jede Deviation einer brieflichen Nachricht für unerheblich erklärt. Es kann nämlich der Absender an einem bestimmten Uebermittelungsmodus interessirt sein und zwar deshalb, weil ihm auf diese Weise für einen bestimmten Zeitraum die Möglichkeit des Widerrufs bleibt.[194]) Er hat Beförderung durch einen langsamen Dampfer vorgeschrieben. Statt dessen geht der Brief mit einem schnellen Kourierdampfer. Ist aber deshalb der Zusammenhang zwischen Wille und Erklärung dermaßen unterbrochen, daß wir von einer dem Absender zuzurechnenden Erklärung gar nicht mehr reden können? Wohl kaum; es ist nicht

[194]) § 130 Abs. 1 Satz 2.

Digitized by Google

nöthig, in einem solchen Falle die gänzliche Unverbindlichkeit der Offerte oder des Acceptes anzunehmen; die Interessen des Absenders sind vollauf gewahrt, wenn man seinen Widerruf als rechtzeitigen zuläßt, sobald er noch in dem Zeitpunkte eintrifft, in welchem der Brief bei Innehaltung der vorgeschriebenen Beförderung angekommen wäre. Zu seinen Gunsten weiter zu gehen, liegt keine Veranlassung vor. Der Verkehr würde sonst zum großen Schaden des Erklärungsempfängers mit nichtigen Rechtsgeschäften belastet, dem Erklärenden Gelegenheit geboten, ihm nicht konvenirende Rechtsgeschäfte plötzlich als nichtig aufzurufen. Aber auch dem Absender wäre mit einer seinen Willen in so scharfer Weise pointirenden Theorie wenig gedient. Abgesehen davon, daß er ebenfalls einer chikanösen Geltendmachung der Nichtigkeit abseiten des Gegenkontrahenten ausgesetzt wäre, würde eine solche Auffassung zur Folge haben, daß der Empfänger auch bei der kleinsten Abweichung von dem vorgeschriebenen Gange der Beförderung sich erst durch Rückfrage vergewissern müßte, ob der Absender trotzdem beim Inhalt des Briefes stehen bleiben will oder nicht, wobei noch § 141 B. G. B. zu beachten wäre. Man denke an die Kosten und den Zeitverlust, der z. B. im überseeischen Verkehre entstehen würde, wo solche Deviationen nichts gerade seltenes sind. — Ein zweites Interesse, welches Berücksichtigung beansprucht, ist das Recht des Absenders, sich den Brief wieder aushändigen zu lassen.[195]) Auch hier ist ebenso zu entscheiden wie bezüglich der Möglichkeit des Widerrufs. Die Erklärung ist nicht nichtig; der Absender kann sich auf seinen Auslieferungsantrag dem Empfänger (natürlich nicht der Post) gegenüber berufen, wenn diesem bei der vorgeschriebenen Art und Weise hätte stattgegeben werden müssen. — Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß weder Fälle der ersten noch der zweiten Art praktisch je eine große Rolle spielen werden. Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß der Absender auch in dem angedeuteten beschränkten Umfange die Unregelmäßigkeit in der Beförderung nicht rügen kann, wenn sie durch eine Störung im Betriebe des von ihm selbst erwählten Boten oder des von diesem Substituirten entstanden ist. Befördert die Reichspost einen ihr anvertrauten Brief auf dem unrichtigen Wege, so kommt

[195]) S. Postordnung und Weltpostvertrag Art. 5b, sowie Dernburg, Pandekten Bd. II § 18 sub 2a.

Digitized by Google

der § 120 B. G.B. zur Anwendung. Danach hat man für Fehler des eigenen Boten einzustehen, soweit jener Paragraph reicht. Dann ist allerdings die Möglichkeit eines Widerrufs, der bei richtiger Beförderung rechtzeitig angekommen wäre, nicht ausgeschlossen. Es wäre im einzelnen Falle zu prüfen, ob die Erklärung, die durch Schuld des Boten nunmehr zu einem nicht gewollten Zeitpunkte erfolgt ist, nach den Regeln des wesentlichen Irrthums angefochten werden kann, was weder unbedingt zu bejahen, noch unbedingt zu verneinen ist.

Nach denselben Prinzipien ist zu entscheiden, wenn in Folge eines Zufalles die Art der Uebermittelung geändert ist. Ich mache jemandem eine Kaufofferte auf einer offenen Postkarte. Ein Geschäftsfreund desselben liest sie vor der Beförderung; um sich ihm gefällig zu erweisen, telephonirt er. Es ist dadurch einestheils erreicht, was ich wollte: die Kundgebung meines Willens an den Dritten. Andererseits kann durch das eigenmächtige Eingreifen eines Dritten meine Rechtsposition, insbesondere mein Widerrufsrecht, nicht geschmälert werden. Abweichender Meinung ist Zimmermann. Er hält es[196]) „nicht für genügend, wenn jemand, der den Brief zufälliger Weise gelesen hat, dem Adressaten den Inhalt des Briefes mittheilen wollte". In der That ist hier der Kausalnexus in besonders auffälliger Weise unterbrochen worden. Fällt deshalb Erklärung und Wille auseinander? Man muß unterscheiden. Der sich unbefugt Einmischende kann in doppelter Weise auftreten. Er kann einmal dem Oblaten bloß mittheilen, daß eine Offerte an ihn abgehen werde oder abgegangen ist. Er verhält sich lediglich berichtend; er hat gar nicht die Absicht, daß die Offerte als eine von ihm übermittelte gelten soll, verweist vielmehr auf die Originalofferte. Unter solchen Umständen ist es allerdings klar, daß Zimmermann Recht hat: Der Oblat kann nicht eher acceptiren, als bis die Originalofferte bei ihm eingelaufen ist. Wird der Brief — wenn auch aus Versehen — der Post nicht eingeliefert, so ist der Wille nicht geäußert, denn der Dritte wollte ja eben nicht als Bote im technischen Sinne fungiren. Ganz anders aber, wenn der sich Immiscirende durch seine Erklärung dem Oblaten den Antrag zugehen lassen will, wenn er nicht etwa bloß sagt: „Ich habe in Erfahrung gebracht, daß A. Ihnen offeriren will", sondern: „Ich theile

[196]) S. 20 Anm. 23a.

Digitized by Google

Ihnen mit, daß hiermit A. Ihnen folgenden Vertragsantrag macht". Nach innen ist hier seine Stellung zur Sache die eines unbeauftragten Geschäftsführers, nach außen die eines falsus procurator. Daß er im allgemeinen gar nicht im Interesse des Antragenden, sondern im Interesse der Gegenpartei handeln will, ist nach § 686 B. G.B. gleichgültig. Es kommt also[197]) darauf an, ob die Benachrichtigung objektiv dem Interesse und subjektiv dem muthmaßlichen Willen entspricht. Liegen diese Voraussetzungen vor, so hat der negotiorum gestor einen Anspruch auf Genehmigung seines Eingriffs in die fremde Sphäre gegen den Absender, weil er sonst dem Oblaten als falsus procurator haftet. Die dem Geschäftsführer gegenüber erklärte Genehmigung wirkt auch im Verhältnisse des Offerenten zum Oblaten. Zimmermann[198]) geht nun allerdings davon aus, daß der Absender seinen Entschluß nur durch die Ausrichtung dieses Boten erklären will, sodaß die subjektive Stütze für die Geschäftsführungsklage in Wegfall kommt. Allein er sieht sich selbst zu dem Zugeständnisse genöthigt, daß es in vielen Fällen gleichgültig sei, wer den Auftrag ausrichtet. Faßt man den Begriff des Boten so eng, wie es in diesem Aufsatze — übrigens auch von Zimmermann — geschieht, sodaß er also lediglich als Werkzeug erscheint, so vermag ich mich Zimmermann in der scharfen Accentuirung des einmal in Aussicht genommenen Uebermittelungsweges nicht anzuschließen, es sei denn, daß die Rücksicht auf die Möglichkeit eines Widerrufs eingreift. Will der Kaufmann wirklich seinen Willen kundgeben, so pflegt er meines Wissens nicht pedantisch an dem ursprünglich geplanten Erklärungsmodus festzuhalten; er wird meiner festen Ueberzeugung nach gar nicht auf den Gedanken kommen, eine Botschaft deshalb zu desavouiren, weil telephonirt statt telegraphirt ist, oder weil in Abwesenheit des beauftragten Hausknechtes ein Freund desselben den Brief überbringt, um seinem Bekannten den Weg abzunehmen.

VII. Ist der durch Boten vermittelte Vertrag ein Vertrag unter Anwesenden oder Abwesenden?

Die Frage, ob ein Vertrag als ein Vertrag unter Anwesenden oder Abwesenden zu charakterisiren ist, wenn man sich der Hülfe eines Boten

[197]) S. § 683 B. G.B.
[198]) S. 19.

Digitized by Google

bedient, hat praktische Bedeutung hauptsächlich für die Frage, wann ein Widerruf erklärt sein muß, um Anspruch auf Beachtung erheben zu dürfen. Ist ein Vertrag unter Anwesenden anzunehmen, so kann das einmal dem Boten gegenüber erklärte Accept nicht wieder annullirt werden. Stellt man sich dagegen auf den entgegengesetzten Standpunkt, so steht der Widerruf so lange frei, bis der Bote die Willenserklärung des Oblaten dem Offerenten berichtet hat. Das Reichsgericht[199]) läßt die Frage dahingestellt. Zu bemerken ist, daß es sich dort nicht um Boten, sondern um Stellvertreter handelt. Brinz[200]) bemerkt, wenn oberstrichterliche Erkenntnisse das, was ein bloßer Bote vernimmt, auch als schon vom Absender vernommen betrachten, und Arndts dies beiwortet,[201]) so geschähe das doch wohl mehr zur Abschwächung der Konsequenzen als nach dem Begriffe des Boten. Dem ist lediglich beizupflichten. Wenn es sich um den Abschluß auf dem Wege der Korrespondenz handelt, so liegt unzweifelhaft ein Vertrag unter Abwesenden vor; es ist das ja gerade der Musterfall. Sobald man den Begriff des mit einer bloß mündlichen Botschaft beauftragten Nuntius von allen Zusätzen reinigt, die ihm aus der Lehre von der Stellvertretung her noch anhaften könnten, so liegt die Sache genau so. Ueberbringt er die Offerte, so kann er nicht acceptiren. Thut er es dennoch, so handelt er nicht als Bote, sondern als negotiorum gestor des Offerenten. Ist er bisher bloß als Bote aufgetreten, so ist also zunächst erforderlich, daß er ausdrücklich erklärt, er wolle nunmehr die Rolle tauschen und als Stellvertreter fungiren. Der Oblat kann diese Erklärung wegen Mangels der Vollmacht zurückweisen. Thut er das nicht, so kommt es nach § 178 B.G.B. darauf an, ob er die Qualität des Boten als negotiorum gestor kannte oder nicht. Im letzteren Falle ist er zum beliebigen Widerruf berechtigt, bis der andere Theil genehmigt, im anderen Falle ist er provisorisch gebunden.[202]) Die Ansicht, daß der Vertragsschluß durch einen bloßen Boten kein Vertrag unter Anwesenden ist, gewinnt denn auch immer mehr Boden.

---

[199]) Bd. 18 S. 10 der Entscheidungen.

[200]) Pandekten Bd. 4 § 572 S. 320.

[201]) Hinzuzufügen wäre noch Schliemann in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 16 S. 11, Text bei Note 12.

[202]) § 177 Abs. 2.

Digitized by Google

So unterscheidet das Reichsoberhandelsgericht[203]) zwischen dem Agenten mit bloßer Botenqualität und demjenigen, der die Stellung eines Bevollmächtigten inne hat; ein durch den ersteren vermittelter Abschluß ist ein Abschluß unter Abwesenden, im letzteren Falle liegt ein Vertrag unter Anwesenden vor. Ihm schließt sich Staub in seinem Kommentare zum H.G.B. an.[204]) Ebenso entschied auch die Theorie.[205]) Brinz führt Windscheid als Gegner dieser Ansicht an, aber nicht ganz mit Recht. Allerdings lehrt Windscheid in der Anmerkung 4 seines § 306, daß die Annahmeerklärung schon dann an den Antragsteller gelangt, wenn sie von seinem Boten vernommen worden ist. Allein dabei ist zu beachten, daß Windscheid davon ausgeht, die Annahmeerklärung sei bereits existent, wenn sie abgegeben sei, ein Standpunkt, der vom B.G.B. im § 130 verworfen ist. Die Entscheidung Windscheid's ist also auf eine Prämisse zurückzuführen, die nicht der Botenlehre entnommen ist. In dieser steht er aber auf dem richtigen Standpunkt, indem er in der angegebenen Note den Vertrag durch Boten unter den Vertrag zwischen Abwesenden stellt. Für das B.G.B. folgt daraus die Möglichkeit des Widerrufs, bis der Bote des Offerenten diesem die Antwort des Oblaten wieder zurückbringt.

VIII. Ist die Willenserklärung des Boten eine Willenserklärung unter Anwesenden oder Abwesenden?

Daran schließt sich angesichts des bereits mehrfach citirten § 130 die Frage, wann der mit einer mündlichen Botschaft betraute Bote den Willen seines Prinzipals so erklärt hat, daß die Willensäußerung juristisch als abgegeben gilt. Planck[206]) will hier die Grundsätze über die Wirksamkeit der einem Anwesenden gegenüber gegebenen Erklärungen gelten lassen. Er beruft sich darauf, daß die durch einen Brief oder durch ein Telegramm gemachte Mittheilung regelmäßig in dem Machtbereich des Empfängers bleibt, sodaß dieser beliebig Kenntniß nehmen könne; die Worte des Boten dagegen verhallten; es müsse deshalb

[203]) Seuffert's Archiv Bd. 32 Nr. 165.

[204]) Artikel 318 § § 2 und 4.

[205]) Vergl. z. B. Leonhard „Der Irrthum bei nichtigen Verträgen" S. 164, 165. Curtius im Archiv für civil. Praxis Bd. 58 S. 71.

[206]) Kommentar zum B.G.B. § 130 Anm. 3.

Digitized by Google

das wirkliche Vernehmen der Botschaft im Gegensatz zum bloßen Zugehen gefordert werden. Wir wollen diese Ansicht kasuistisch prüfen und zunächst davon ausgehen, daß ein Bote eine Kaufofferte mündlich überbracht hat, den Adressaten nicht antrifft und deshalb seine Botschaft einem Geschäftsangestellten ausrichtet. Vergißt dieser, die Mittheilung weiter zu geben, so kann selbstverständlich der Prinzipal auch nicht acceptiren, eben weil er nichts erfahren hat. Wird sie aber ausgerichtet, so kann der Oblat meines Erachtens den Vertrag durch die dem Offerenten zugehende Accepterklärung zur Existenz bringen. Der Offerent kann sich nicht etwa darauf berufen, daß der Oblat die Botschaft nicht vom Boten selbst vernommen hat. Es würden sonst unzählige Verträge als nicht zur Perfektion gelangt zu erachten sein, die das Recht und der Verkehr bis jetzt unbedenklich als gültig behandelt hat. Bedenklich ist allerdings, daß auf diese Weise leicht Komplikationen eintreten können, wenn der Angestellte versehentlich die Offerte falsch übermittelt, und so der Prinzipal eine ganz andere Offerte als die gestellte zu acceptiren meint. Wer die Verantwortlichkeit für die daraus entstehenden Folgen zu tragen hat, bemißt sich danach, ob man den Angestellten als Substituten des Boten oder umgekehrt als den Beauftragten des Prinzipals zu betrachten hat. Im ersteren Falle ist die Botschaft falsch übermittelt, wofür nach § 120 nicht der Erklärungsempfänger, sondern der Offerent aufzukommen hat. Im anderen Falle hat der Prinzipal mindestens für das negative Interesse einzustehen, weil er seine Erklärung, über deren Inhalt er in Folge der Schuld seines Angestellten in einen Irrthum versetzt war, nach § 122 anzufechten hat. Wie im konkreten Falle die Entscheidung lauten muß, kann im hohen Grade zweifelhaft sein. Handelt es sich um eine Geschäftsofferte und ist sie im Geschäftslokale einem Kommis gegenüber abgegeben, so ist der Kommis im allgemeinen für befugt zu erachten, dergleichen Anträge zur Beförderung entgegenzunehmen, und zwar um so gewisser, weil er nach den Artikeln 47 und 50 H.G.B. unter Umständen sogar das Recht hat, den Vertrag selbst sofort abzuschließen. Der Weitertransport der Offerte geht auf die Gefahr seines Prinzipals. Anders, wenn der Bote die Bestellung in der Privatwohnung des Kaufmanns dem Dienstmädchen übergiebt. Der Unterschied liegt darin, daß der Kommis typischer Weise als vom Prinzipal ermächtigt gilt, Offerten entgegenzunehmen; er ist insoweit Bevoll-

Digitized by Google

mächtigter des Prinzipals; das Dienstmädchen ist das unter normalen Verhältnissen bezüglich einer Geschäftsofferte aber nicht. Uebergiebt der Bote des Antragenden ihr die Botschaft, so wählt der Bote für seinen Auftraggeber einen — wie er wissen muß — unsicheren Weg der Uebermittlung und bürdet ihm damit die Gefahr der Entstellung auf. Im ersteren Falle perfizirt die Erklärung mit der Erklärung gegenüber dem bevollmächtigten Kommis, im zweiten Falle erst mit der Bestellung des Dienstmädchens an die Herrschaft. Das ist wichtig für den Widerruf; das Dienstmädchen ist Mandatarin des Boten resp. seines Herrn; so lange sie die Erklärung ihrer Herrschaft nicht ausgerichtet hat, kann widerrufen werden. Mit diesen Feststellungen ist der von Planck angeregte Zweifel allerdings immer noch nicht ganz gelöst; die Frage ist nur weiter zurückgeschoben. Es kann ununtersucht bleiben, ob im B.G.B. wirklich eine Differenz zwischen der Willenserklärung unter Anwesenden und unter Abwesenden besteht, wie sie Planck[207]) behauptet, Endemann[208]) aber leugnet. Denn eine von einem Boten dem Bevollmächtigten des anderen Theiles gemachte Mittheilung ist, wie eigentlich selbstverständlich sein dürfte, eine einem Anwesenden abgegebene Erklärung, und ebenso gewiß ist es eine Erklärung einem Anwesenden gegenüber, wenn das Dienstmädchen als Substitutin des Boten den ihr gewordenen Auftrag ausrichtet. Diese Thatsache wäre auch gewiß nie verkannt, wenn nicht drei Momente geeignet wären, das Urtheil zu trüben. Einmal scheint mit der Annahme einer Willenserklärung unter Anwesenden die Thatsache im Widerspruch zu stehen, daß ein durch Boten vermittelter Vertrag, wie bereits konstatirt, ein Vertrag unter Abwesenden ist. Dieser Einwand ist aber hinfällig. Es handelt sich hier nicht um die Frage des Perfektwerdens eines Vertrages, also des Zusammentreffens zweier Willenserklärungen, sondern lediglich um die rechtliche Charakterisirung einer von diesen beiden Willenserklärungen: diese kann unter Anwesenden abgegeben sein, und trotzdem der Vertrag als ein Vertrag unter Abwesenden gelten müssen, weil die zweite korrespondirende Willenserklärung eine solche unter Abwesenden ist. Das zweite Bedenken rührt daher, daß es anscheinend unrichtig ist, von einer Erklärung unter Anwesenden dann zu sprechen, wenn der

[207]) S. oben.

[208]) „Einführung in das Studium des B.G.B." § 67.

Bote seinen Auftrag an einen vom Oblaten nicht Bevollmächtigten, z. B. ein Dienstmädchen, weiter giebt, weil der Oblat nicht ortsanwesend ist. Die Analogie mit dem Briefträger, der den Brief in den Briefkasten wirft, scheint handgreiflich. Allein diese Aehnlichkeit täuscht. Wie wir bereits gesehen haben, wird die Botschaft erst in dem Momente ausgerichtet, wenn sie das als Mandatarin des Boten funktionirende Dienstmädchen dem Herrn übergiebt. Auf diesen Akt sind aber unzweifelhaft die Grundsätze über die Willenserklärung unter Anwesenden anzuwenden. Ich hebe das nochmals ausdrücklich hervor, weil gerade in Fällen dieser Art die Annahme ungemein nahe liegt, daß man es hier wenigstens mit einer Willenserklärung unter Abwesenden zu thun habe. Die Art und Weise, wie Planck die ganze Frage behandelt, legt die Vermuthung nahe, daß er davon ausging, logisch liege in der That eine Willenserklärung unter Abwesenden vor, die aber in Bezug auf diesen Punkt aus Zweckmäßigkeitsgründen als Erklärung unter Anwesenden behandelt werden müsse. Eine genaue Zergliederung des Thatbestandes zeigt jedoch, daß sie eine Erklärung unter Anwesenden ist und nicht bloß dafür zu gelten hat. Bedenklich erscheint auch der dritte Einwand. Nach § 147 kann der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort angenommen werden. Wir haben konstatirt, daß die im Geschäftslokale dem Kommis abgegebene mündliche Offerte als Willenserklärung unter Anwesenden zu gelten hat. Würde danach nicht die Accepterklärung des Prinzipals, die dieser erst absendet, wenn sein Kommis ihm Bericht abgestattet hat, stets als eine verspätete zu erachten sein? Das Rechtsgefühl sagt: „Nein“: der § 147 scheint zur Bejahung der Frage zu zwingen. Wie ist aus diesem Dilemma herauszukommen? Die Sachlage ist einfach die, daß hier für die Annahme des Antrages stillschweigend eine Frist bestimmt ist,[209]) die sich danach bemißt, innerhalb welcher Zeit der Kommis den Prinzipal im ordnungsmäßigen Geschäftsgange benachrichtigt und letzterer unter ebendieser Voraussetzung geantwortet haben kann.

Ebenso wie mit der Offerte steht es mit der Acceptationserklärung, die mündlich durch einen Boten gebracht wird. In allen diesen Fällen liegen Willenserklärungen unter Anwesenden vor. Dem Resultate nach stimme ich demnach mit Planck überein, obgleich ich bezweifeln möchte, daß er die von mir gegebene Begründung in allen Punkten acceptiren würde.

[209]) § 148 B. G.B.

Digitized by Google

10.

Civiliſtiſche Rundſchau.

Von Paul Oertmann.

I. Rechtsphiloſophie und Allgemeine Rechtslehre.

Liepmann's Studie über Rouſſeau[1]) iſt eine gediegene, durch liebevolle Verſenkung in ihren lange vernachläſſigten Gegenſtand ausgezeichnete Leiſtung, deren Verdienſt darin beſteht, die vielfachen Mißverſtändniſſe aufzudecken, denen Rouſſeau's ganz oder halb unverſtandene Rechtsphiloſophie ſelbſt bei beſſeren Forſchern, wie Bergbohm, bisher ausgeſetzt geweſen iſt. Zur beſſeren Würdigung des Helden ſeiner Darſtellung weiſt Liepmann demgegenüber darauf hin, daß die Bedeutung der Rechtsphiloſophie des Rouſſeau gerade darin liegt, daß bedeutſame Gedanken der verſchiedenſten Richtungen ineinander gewoben ſind; „ihr Werth liegt nicht in der Einheit des Syſtems, ſondern in dem Reichthum an Ideen", S. 80.

Mit Recht wird Rouſſeau nicht lediglich aus ſich ſelbſt erklärt, ſondern in ſeiner vermittelnden Stellung zwiſchen dem älteren Naturrecht, durch das ſeine Philoſophie bedingt iſt, und der modernen Rechtsphiloſophie eines Kant und Hegel, zu der er überleitet, betrachtet. Daher erfahren im Buch I zunächſt die Vorläufer Rouſſeau's eine eingehende und gleichfalls recht dankenswerthe Darſtellung, S. 17—65.

Recht beachtenswerth finde ich auch die in der Einleitung ausgeſprochenen zeitgemäßen Gedanken über die Aufgaben der Rechtsphiloſophie im Allgemeinen und den berechtigten Kern der naturrechtlichen Beſtrebungen.

Franz Walter,[2]) meinen Leſern als Verfaſſer einer Studie über Thomas v. Aquino bereits bekannt (XI, 181), ſetzt ſeine ſozialphiloſophiſchen Forſchungen mit einer weiteren, intereſſanten und gutgeſchriebenen Studie fort. Sie wendet ſich mit beachtenswerthen, vielfach durchſchlagenden Gründen gegen die neueſtens von Sombart poſtulirte Trennung von Ethik und National-

[1]) Priv.-Doz. Dr. iur. et phil. M. Liepmann, Die Rechtsphiloſophie des Jean Jacques Rouſſeau. Ein Beitrag zur Geſchichte der Staatstheorien. Berlin, Guttentag, 1898. 144 S. Preis M. 3,50.

[2]) Dr. Franz Walter, Sozialpolitik und Moral. Freiburg, Herder, 1899. XV u. 346 S. Preis M. 3,60.

Digitized by Google

ökonomie und thut dar, wie dieser scharfsinnige Forscher selbst seinen Standpunkt nur unter erheblichen Widersprüchen und in „unrealistischer, weil den in der historischen Entwicklung hervorgetretenen sittlichen Triebkräften nicht gerecht werdender Weise" hat aufrechterhalten können. In dem Punkte freilich, wo Walter seinem Gegner ausnahmsweise Beifall spendet: in der Bekämpfung der „evolutionistisch-ethischen Richtung", kann ich ihm nicht folgen, und auch seinen wiederholten Versuch, eine naturrechtliche Ethik mit ein für allemal feststehendem Inhalt zu retten, trotz mancher feinen und gelungenen Bemerkung nicht als geglückt ansehen. Für unrichtig halte ich zumal die Behauptung, daß wir Vertreter eines wandelbaren Inhalts der sittlichen und rechtlichen Ideale einen objektiven Inhalt der Ethik überhaupt aufheben und uns zu Sombart's „autonomer Moral" bekehren müßten — die Läugnung des Absoluten bedeutet noch keine solche des Objektiven, und die Evolutionstheorie ist mit nichten religionslos im vulgären Sinne.

Wie dem auch sei: jedenfalls halte ich das Buch Walter's für eine durchaus anerkennenswerthe Leistung aus der Schule jener modernen katholischen Sozialpolitik, mit der auch der nichtkatholische Forscher sich zu beschäftigen bei ihrer unläugbaren Bedeutung allen Anlaß hat, und deren vermittelnde Stellung zwischen Kapitalismus und Sozialismus mir persönlich eine politisch wohlverdienstliche und beifallswerthe erscheint.

In Umarbeitung eines Vertrages bringt Seitz[3]) nochmals seine Ideen (s. darüber X, 298) über die Nothwendigkeit einer praktisch-realistischen Rechtsschule; er verlangt ferner eine „Konstruktion", unter der er versteht „ein jeweiliges, formales Inneinklangsetzen des wirklich geschichtlichen Rechts mit dem sich bewegenden Leben seiner jeweiligen Geschichte", S. 6. — Für den Kenner von Seitz' früherem Werke bringt das Schriftchen nicht viel Neues; wie bei jenem, ist die löbliche Tendenz und Warmherzigkeit wiederum anzuerkennen, aber die Form in einer dem Erfolg sicher abträglichen Weise vernachlässigt. Uebrigens dürfte der Verfasser unsere neueste Rechtswissenschaft in ihrer derzeitigen, durch den Entwurf und das B. G. B. bestimmten Richtung, gerade von seinem Standpunkt aus allzu pessimistisch ansehen: was thut sie heute im Grunde anderes, als was Seitz will?

Beachtenswerth sind die Bemerkungen gegen eine vermeintlich omnipotente Gesetzgebung einer-, die grundsätzliche Verwerfung der Gesetzgebung andererseits, S. 116.

Der zweite Band von Bierling's[4]) Prinzipienlehre (s. IX, 403) behandelt in fünf Abschnitten die Lehre vom Entstehen und Vergehen des Rechts. Der Verfasser versteht darunter nicht nur dasjenige der Rechtsnormen, sondern auch der von ihnen beherrschten Rechtsverhältnisse. Ein solches aber entsteht dann, wenn

[3]) Carl Joseph Seitz, Konstruktion oder Selbstentwicklung und Verfahren der Darstellung des jeweilig positiv lebenden praktischen Rechts. München, Schweitzer, 1898. XX u. 174 S. Preis M. 3.

[4]) Geh. R. Prof. Dr. E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Bd. II. Freiberg, Mohr, 1898. VIII u. 367 S. Pr. M. 9.

Digitized by Google

„die ihm wesentlichen Subjekte durch die Anerkennung der zu seiner Regelung wesentlichen Normen und zwar in Beziehung auf ein ihm charakteristisches Objekt verbunden erscheinen", es löst sich auf, sobald irgend ein wesentliches Erforderniß des Bestandes nicht mehr erfüllt ist (S. 9, 41). Von der Aufhebung ist zu unterscheiden die bloße Aenderung, wenn nämlich in dem Verhältniß zwar ein gewisser Wechsel eingetreten ist, der aber nicht dem allgemeinen Begriff desselben überhaupt widerspricht.

Speziell Abschnitt 2 ist den Rechtshandlungen gewidmet — Handlungen, die sowohl nach der subjektiven Absicht der Handelnden, als nach der objektiven Gestaltung der Handlung und der ihr zu Theil gewordenen rechtlichen Sanktion als Realisirung irgend welcher Rechtszwecke sich darstellen, S. 46. — Hier finden sich beachtenswerthe Erörterungen über die nothwendige Absicht bei der Rechtshandlung, S. 67, 71, 114. Indem Bierling es zur Gültigkeit genügen läßt, „daß die Absicht überhaupt nur auf einen sachlich bestimmten Zweck gerichtet ist, der sich unserer wissenschaftlichen Betrachtung als einer der genannten Rechtszwecke darstellt", vertritt Verfasser zwischen der Willens- und Erklärungstheorie ein Mittleres, neigt sich jedoch mehr nach der ersteren zu.

Abschnitt 3 hebt aus dem weiteren Begriff der Rechtshandlungen den engeren des Rechtsgeschäfts heraus; unter einem solchen versteht Bierling „jede Setzung subordinirter Rechtsnormen", S. 117—118. Damit weicht er vom herrschenden Sprachgebrauch grundsätzlich ab. Denn es gehört dahin durchaus nicht nur die Setzung subjektiver Rechte im gewöhnlichen Sinne, sondern auch die von Rechtsnormen — also auch das Gesetz —, sofern sie sich nur stützen auf eine darüber stehende allgemeinere Norm. Die Bildung dieser letzteren superordinirten, grundlegenden Normen gehört nicht in diesen Zusammenhang, ja sie ist überhaupt nicht Gegenstand spezifisch juristischer Betrachtung, weil sie das positive Recht erst schaffen soll, also nothwendig sich außerhalb seiner vollzieht.

Besonders interessant für den Civilisten sind in diesem Zusammenhang die Erörterungen über das bedingte und befristete Geschäft; daß sie mich überzeugt hätten, kann ich freilich nicht zugeben.

Rechtssitte oder -gewohnheit (Abschnitt 4) ist „die andauernd gewordene gleichmäßige Uebung oder Befolgung von Rechtsnormen", S. 291, 296, 312. Sie ist in erster Linie Ausdruck und Bezeugung bereits geltenden Rechts; als Entstehungsform desselben erscheint sie nur, soweit sie zum Motiv für die Bildung oder Verbreitung einer bestimmten Rechtsanerkennung wird. — Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht enthält dieser Abschnitt mancherlei werthvolles Material.

Die Fülle der Gedanken in Bierling's durchweg originellem und scharfsinnigem Werke ist zu groß, um auch nur die wichtigsten auf dem mir zu Gebote stehenden Raum mittheilen zu können; um vollends zu seiner Lehre, die bekanntlich auf der Grundidee der Entstehung des Rechts durch Anerkennung der Rechtsgenossen beruht, Stellung zu nehmen, müßte man selbst wieder ein Buch schreiben. Jedenfalls erheischt das — bei seiner recht abstrakten Art nicht leicht geschriebene — Werk ernsteste Beachtung.

Digitized by Google

In Form einer Festgabe für Bekker nimmt Bierling[5]) daneben Veranlassung, einen einzelnen in Bd. I behandelten Punkt näher auszuführen. Gesammtwille und -handlung sollen nur die Bedeutung von eigenthümlich gearteten Anschauungsbildern haben, in denen wir eine irgendwie thatsächlich gegebene Vielheit von Erscheinungen unter einem bestimmten Gesichtspunkte als Einheit zusammenfassen.

Der Titel von Meili's[6]) neuestem Buch ist im Grunde nicht genau; ich würde darin weniger ein für den Anfänger bestimmtes System, als vielmehr eine umfassende und werthvolle Bibliographie zur vergleichenden Rechtswissenschaft sehen, so auch Verfasser selbst laut Vorw. VI („Juristisches Herbarium"). Der erste, kürzere Hauptabschnitt enthält eine summarische Zusammenstellung der Rechtsquellen bezw. der sie enthaltenden Sammlungen und Schriften; der zweite eine systematische Zusammenstellung der für die vergleichende Rechtswissenschaft wichtigeren Arbeiten aus den verschiedenen Kulturländern. In seinem System bietet das Buch daneben einen Grundriß der vergleichenden Rechtswissenschaft, es sind häufig auch Mittheilungen über die Ergebnisse der angezogenen Schriften und bisweilen solche über den Inhalt der Rechtsquellen beigefügt.

Natürlich mußte eine derartige erste Bearbeitung vielfach willkürlich ausfallen; Einiges ist recht ausführlich, Anderes lückenhaft wiedergegeben, so fehlen bei den Bearbeitungen des französischen Rechts S. 43 Grome-Zachariae; bei den Schriften über Verzug S. 149 Kohler's „Annahmeverzug", bei den Dienstverträgen mit Tantième S. 158 Grome's „partiarische Rechtsgeschäfte"; bei den Schriften über Handelsrecht S. 241 Staub's Kommentar, bei denen über die actio S. 255 Windscheid's „Aktio" und Degenkolb's „Einlassungszwang".

Aber im Ganzen verdient nicht nur der Grundgedanke des rührigen Verfassers, sondern auch seine Ausführung unseren vollen Beifall. Das Buch ist für weitere Arbeiten auf diesen Gebieten eine wahre Fundgrube des Materials. Noch weit größere Ansprüche auf unseren Dank würde sich Meili natürlich erwerben, wenn er sich zur Lösung der ungleich größeren Aufgabe entschließen wollte, auf Grund seiner reichhaltigen Materialien ein eigenes System der vergleichenden Rechtswissenschaft auszuarbeiten!

Von Zitelmann's groß angelegtem Werke[7]) über internationales Privatrecht liegt weiterer Halbband vor, der mit der Darstellung des „angewandten internationalen Privatrechts", d. h. der Anwendung der in Theil I

[5]) Dr. E. R. Bierling, Gesammtwille und Gesammthandlung. (Sonderabdruck aus der Greifswalder Festgabe für Bekker.) Greifswald, Abel, 1899. 26 S.

[6]) Prof. Dr. Fr. Meili, Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft. Stuttgart, Enke, 1898. VI u. 286 S. Preis M. 8.

[7]) Ernst Zitelmann, Internationales Privatrecht. Zweiter Band, erste Hälfte. Leipzig, Duncker & Humblot, 1898. 304 S. Preis M. 6,40.

Digitized by Google

(s. XIV, 341) gefundenen Prinzipien auf die Einzellehren in systematischer Ordnung anhebt. Und zwar sind davon nach einer kurzen Einleitung in einem ersten Buch bisher die „Allgemeinen Lehren" behandelt. Wie im ersten Band des Werkes, sind auch im zweiten nicht die einzelnen positiven Rechte als solche dargestellt, wenn auch dafür, namentlich für die Auslegung des E.G. zum deutschen B.G.B., manche werthvolle Bemerkung abfällt (s. wegen Art. 10 das. S. 119); vielmehr will Zitelmann auf Grundlage der in Theil I gewonnenen Grundsätze „entwickeln, wie für die einzelnen materiellen Rechtsfragen die international-privatrechtliche Frage vom Standpunkt einer solchen innerstaatlichen Internationalprivatrechts-Ordnung gelöst werden muß, die die völkerrechtlich begründeten Prinzipien völlig als innerstaatliches Recht aufgenommen hat", S. 9. In der Anordnung des Stoffes wird dabei vorwiegend das gemeine Recht zu Grunde gelegt.

Was früher über das Werk Zitelmann's gesagt wurde, trifft im Allgemeinen auch für den jetzt vorliegenden Theil zu: wiederum ist die glänzende Schärfe der Dialektik, der Reichthum an selbständigen, wohldurchdachten Ideen, die musterhafte Sprache zu rühmen. Mit Recht ist inzwischen auch von Gegnern der Zitelmann'schen Grundidee, wie Meili, die große Bedeutung seines Werkes vollauf anerkannt worden. Ich wüßte in der That kaum ein Werk, das auf den behandelten Gebieten dem vorliegenden überlegen wäre, selbst und gerade da, wo es nicht überzeugt. Und über sein eigentliches Thema hinaus giebt der Verfasser hochwichtige Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, vor Allem über die Natur und Arten der Privatrechte (z. B. die privilegirten Aneignungsrechte, in denen Verfasser schon Recht sieht, S. 48; die Rechte an Rechten; die Natur der Ansprüche aus dinglichen Rechten, S. 230 ff.), an denen nur eins zu beklagen ist: die durch ihren im Thema des Verfassers nur nebensächlichen Zweck verschuldete allzugroße Kürze!

All das Bedeutsame, was Zitelmann uns giebt, auch nur in den gröbsten Umrissen anzudeuten, verbietet mir leider der Rahmen meiner Rundschau; nur auf einiges besonders Wichtige sei noch hingewiesen:

1. Bei den Fragen der Behandlung der Rechts- und Handlungsfähigkeit leugnet Verfasser gegenüber der herrschenden Lehre die schlechthinnige Maßgeblichkeit des Personalstatuts; es soll vielmehr ankommen auf das Wirkungsstatut, d. h. das Statut, welches maßgebend ist für die Beurtheilung des rechtlichen Effekts, um den es sich im vorliegenden Rechtsfall handelt. Ich glaube nicht, daß die bisher herrschende Doktrin ihre Position ohne Weiteres aufgeben wird, aber mindestens bedarf sie, um Zitelmann's schwergewappnetem Angriff nicht zu erliegen, einer weiteren eingehenden Vertheidigung (s. hierzu S. 73, 79, 83).

2. Auch über die Frage des Vorhandenseins einer juristischen Person soll das Wirkungsstatut entscheiden, S. 112—113, eine Annahme, der gegenüber ich meine Bedenken nicht unterdrücken kann. Denn es muß doch wohl zunächst das Personalstatut darüber bestimmen, ob einer zu einem Zweck vereinten Mehrheit von Menschen die Qualität eines neuen, selbständigen Rechtsträgers zu-

Digitized by Google

komme. Verneint das Heimathsrecht diese Frage, so liegt eben ein rechtliches Nichts vor, dem das Auslandsrecht doch auch dann keine Rechte zubilligen darf, wenn dieses „Nichts" nach den Bestimmungen des Auslandsrechtes kein Nichts wäre. Das Gegentheil schiene mir hier eine arge Kompetenzüberschreitung, anders als bei den physischen Personen, bei denen das rechtliche Existentwerden heutzutage überall lediglich von der einen Bedingung der Geburt abhängig ist.

3. Auch über die Beurtheilung der Rechtsgeschäfte soll das Wirkungsstatut entscheiden, S. 136 ff.; also für die Frage der persönlichen Verpflichtung lediglich das Personal-, bei dinglichen Rechtsakten das Sachstatut. Bei Mehrheit der Betheiligten untersteht der Akt folgerecht möglicherweise der Beurtheilung nach verschiedenen Statuten.

Das Gesagte gilt auch von der Form der Geschäfte; der Satz locus regit actum ist höchstens innerstaatlich richtig. Soweit er aber gilt, sollen (S. 164) bei Verträgen unter Abwesenden beide Formen beobachtet werden müssen; eine m. E. nicht unanfechtbare Anschauung.

4. Sehr wichtige und ausführliche Auseinandersetzungen giebt Zitelmann für die Beurtheilung der Geschäfte im Fall des Statutenwechsels, S. 169 ff. Die Grundidee ist: „Das unter dem alten Statut errichtete Rechtsgeschäft kann nach neuem Statut überhaupt nur wirken, wenn es im Augenblick des Statutenwechsels nach altem Recht noch wirkungsfähig war; es wirkt aber unter der Herrschaft des neuen Statuts nur, wenn es zugleich allen den Anforderungen entspricht, welche das neue Statut an seine Gültigkeit und Wirksamkeit stellt".

5. Endlich enthält das Buch noch über den Schutz der Rechte S. 222 ff. beachtenswerthe Untersuchungen.

In einer kleineren Studie weist Meili[8]) auf die Bedeutung der ersten italienischen Schule, der Zeitgenossen des Bartolus, für die Ausbildung der internationalen Rechtsidee hin. Er denkt dabei speziell an Durantis, J. Faber und Albericus de Rosate, aus deren Schriften er einige markante Stellen mittheilt. Daneben finden sich mehrfach beachtenswerthe Aeußerungen allgemeinerer Natur eingestreut: so soll die ausschließliche Beachtung der lex patriae „eine Versündigung gegen das innere Wesen und die tiefbegründete Natur eines internationalen Rechtslebens" bedeuten, S. 12.

II. Rechtsgeschichte.

Salkowski's[9]) bekanntes, werthvolles Institutionenbuch liegt in neuer Auflage vor, auf die hier ein kurzer Hinweis genügen dürfte. Die grund-

[8]) Prof. Dr. F. Meili, Ueber das historische Debut der Doktrin des internationalen Privat- und Strafrechts. Leipzig, Duncker & Humblot, 1899. 60 S.

[9]) Geh.-R. Prof. Dr. C. Salkowski, Institutionen. Grundzüge des Systems und der Geschichte des römischen Privatrechts. Siebente umgearbeitete Auflage. Leipzig, Tauchnitz, 1898. XX und 618 S. Preis M. 9.

Digitized by Google

sätzliche Anordnung, namentlich die charakteristische Verbindung des Textes mit einer umfangreichen Chrestomathie, ist geblieben, doch hat das Werk mit Rücksicht auf die neue Studienordnung sehr wesentliche Ergänzungen aus den Materien erfahren, die — bisher den Pandekten zugewiesen — als dem modernen Rechtsleben fremd in den nunmehrigen Vorlesungen des geltenden bürgerlichen Rechts keine Stätte mehr finden.

Zwei weitere Studien von Pernice[10]) bilden, wie selbstverständlich, für den Rechtshistoriker Neuheiten ersten Ranges. Wie man auch über die zum Theil gegen Petrazycki's Schriften gerichtete Grundidee der ersteren, wonach es nicht gelungen sein soll, im Kredit- und Zinsrechte der Römer unmittelbare Einflüsse besonderer wirthschaftlicher Gestaltungen nachzuweisen, denken mag — im Einzelnen bietet uns der verehrte Forscher eine den engen Raum der Aufsätze schier sprengende Fülle von feinen, scharfsinnigen und grundgelehrten Erörterungen aus verschiedenen Materien des römischen Rechts. So wird uns im zweiten dargethan, wie „die doktrinär privatrechtliche Anschauung der römischen Juristen sich bei der Gestaltung des Beginnes und des Schlusses des Rechtsstreites wirksam zeigt". Das wird namentlich gegen Bülow's Lehre von der absoluten Rechtskraft des Urtheils verwerthet.

Zwei Spezialstudien aus dem altrömischen Recht verdanken wir Ossig und Pflüger.[11]) Jener führt uns in einer gutgeschriebenen Erstlingsschrift in ein rechts- und wirthschaftsgeschichtlich gleich interessantes, dabei litterarisch vernachlässigtes Gebiet. Daß die Ergebnisse der Arbeit nur zum Theil als bewiesen gelten können, bisweilen selbst erhebliche Bedenken wachrufen, kann man dem Verfasser bei dem mangelhaften Quellenmaterial über das römische Wasserrecht um so weniger verübeln.

Aus den Ergebnissen der Studie ist hervorzuheben, daß sich die Unterscheidung öffentlicher und nichtöffentlicher Gewässer mangels fester theoretischer Merkmale nur „in der Wirklichkeit" (d. h. wohl im Einzelfalle) festgestellt habe, S. 14.

Der kleine natürliche Wasserlauf wird weniger als „rivus" bezeichnet — dies bedeutet vielmehr den Kanal — als mit dem Worte fons, S. 28, 177. Dieser These widmet Verfasser seine Hauptkraft und bringt zu ihrem Beweise eine Menge gelehrter Citate, auch — im Anhang, S. 150 ff. — aus nichtjuristischen Schriftstellern. Trotzdem ist mir sehr zweifelhaft, ob die Doktrin den Beweis wird als erbracht ansehen können.

Eigenthum sollen die Römer nicht nur am Flußbett, sondern auch am fließenden Wasser anerkannt haben, S. 63 ff. Allerdings erlitt es Beschränkungen durch das konkurrirende Recht der anderen An- und der Unterlieger. Kaum

[10]) Alfred Pernice, Parerga VIII. IX. Sep.-Abdr. aus der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 19. 104 S.

[11]) Dr. iur. Alfred Ossig, Römisches Wasserrecht. Leipzig, Duncker & Humblot, 1898. VIII und 194 S. Preis Mk. 4,40. — H. H. Pflüger, Die legis actio sacramento. Ebenda 1898. 70 S. Preis M. 2.

Digitized by Google

mit Recht sieht Verfasser darin ein Miteigenthum, m. E. würde schon die Annahme eines quasinachbarrechtlichen Verhältnisses zum Ziele führen (S. 129 bis 130, 135.)

Die flumina publica stehen nach Ossig im Staatseigenthum, eine kaum, jedenfalls nicht durch die l. ult. § 7 D. 43, 19, die ebensogut an ein publizistisches Hoheitsrecht denken kann, genügend bewiesene Behauptung.

Pflüger macht den interessanten Versuch, die räthselhaften Ritualien des Sakramentsverfahrens zu erklären, indem erst „der Prozeß der Königszeit wieder hergestellt und dann gezeigt wird, wie aus ihm die legis actio sacramento sich entwickelt hat". Leider ist die Ausführung zu skizzenhaft und aphoristisch gehalten, um den Stoff zu erschöpfen und die Fragezeichen des Lesers zu beseitigen. Für eine ausführlichere Würdigung des Gesagten ist hier nicht der Platz; hervorgehoben sei nur die eigenthümliche Parallelisirung des altrömischen usus mit der germanischen „rechten Gewere", S. 50.

Immerhin ist die Studie anregend und in ihrer Grundidee, auf der Grundlage der Rechtsvergleichung die Probleme des römischen Legisaktionenprozesses lösen zu wollen — ein Verfahren, bei dem es freilich manche Fußangeln und Selbstirrthümer zu vermeiden gilt — der Beachtung nicht unwerth.

In die mittelalterliche Rechts- bezw. Rezeptionsgeschichte führen uns Kohler-Liesegang und Seckel. Jene geben[12]) eine zweite Sammlung (s. wegen der ersten XII, 271) von Urkunden mit juristischen und historischen Erörterungen. Die Urkunden, dem 15. Jahrhundert entstammend, betreffen meistens die Streitigkeiten zwischen Cleve, Mark und der Stadt Duisburg und bekunden wiederum eine sehr bedeutende Anwendung des kanonischen und auch römischen Rechts.

Von allgemeinerer Bedeutung sind daneben Kohler's Bemerkungen zur Eideslehre des Mittelalters, S. 60 ff.

In einer sehr gelehrten, für die darin behandelten Fragen wohl abschließenden und dabei vortrefflich geschriebenen Arbeit[13]) legt Seckel einen Theil der Ergebnisse seiner mittelalterlichen Rechtsforschungen dar. Der Band behandelt die Geschichte des im späteren Mittelalter weitverbreiteten, bisher nur ungenügend untersuchten Vocabularius Juris und zwar vor Allem nach den Handschriften, die Seckel mit ungeheurem Fleiß großentheils selbst durchgesehen hat.

Der Verfasser des Buches heißt Jodocus und stammt wahrscheinlich aus den Niederlanden; die Abfassungszeit des Werkes ist um 1452 anzusetzen (S. 23, 34).

[12]) Beiträge zur Geschichte des römischen Rechts in Deutschland, in Verbindung mit anderen Gelehrten bearbeitet von Josef Kohler. Heft II: Das römische Recht am Niederrhein. Neue Folge. Von J. Kohler und E. Liesegang. Stuttgart, Enke, 1898. 156 S. Preis M. 5.

[13]) Prof. Dr. E. Seckel, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter. Bd. I: Zur Geschichte der populären Litteratur des römisch-kanonischen Rechts. Tübingen, Laupp, 1898. XVIII und 540 S. Preis M. 20.

Digitized by Google

Das Buch ist keine originale Leistung, beruht vielmehr auf dem von Seckel sogenannten Vocabularius Stuttgardiensis (S. 86), dieser seinerseits wieder auf der „collectio terminorum legalium“, die ihrerseits als eine Bearbeitung des Introduktorium des Klerikers Hermann von Schildesche (Dorf bei Bielefeld) festgestellt wird. Hermann's Kompilation — „eines der frühesten und einflußreichsten Werke der populären Rechtslitteratur“ — stellt wieder eine alphabetische Umarbeitung der — unlängst von Conrat behandelten — sogenannten Epitome exactis regibus dar, hat aber daneben auch aus anderen Quellen geschöpft.

Der wissenschaftliche Werth aller dieser populären Rechtsencyklopädien ist durchaus gering; um so höher ist ihre geschichtliche Bedeutung, „ohne sie hätte sich“, wiederholt Seckel mit Stintzings's Worten, „die Rezeption des römischen Rechts nicht vollenden können“.

Von Heilfron's[14]) schnell bekannt gewordenen Repetitorien ist das der deutschen Rechtsgeschichte wiederum in neuer Auflage erschienen. Ist dieselbe auch nicht unerheblich verändert und erweitert — namentlich durch Aufnahme derjenigen Materien der bisher dogmatischen Vorlesung des deutschen Privatrechts, „die einen reichsrechtlichen Abschluß nicht erfahren haben“ (wie Lehn- und Fideikommißrecht), — so haben doch Art und Anlage des geschickt abgefaßten Buches keine Aenderung erfahren, sodaß hier der kurze Hinweis genügt.

III. Gemeines Recht.

Ungeachtet die Litteratur in der Berichtsperiode durchaus unter dem Zeichen des neuen B.G.B. steht, hat doch auch das bisherige (römische und deutsche) gemeine Recht wieder werthvolle Bereicherungen erfahren.

Zunächst ist Lehmann in seiner den Lesern bekannten (s. XI, 185, XIV, 345) Neubearbeitung des Stobbe'schen Handbuches[15]) nunmehr zum dritten Bande vorgeschritten, der das Urheber- und das Forderungsrecht umfaßt. Die Neuerungen sind auch hier bedeutsam, wennschon im Ganzen nicht so radikal, wie in den vorangegangenen Partien. Ein völliges System des Obligationenrechts giebt Lehmann nicht, das mit Fug der Pandektenwissenschaft überlassend; aber eine sehr reichhaltige, durch stetige Heranziehung der Quellen und Litteratur besonders werthvolle Darstellung dessen, was „im neueren Recht entweder auf einer Nachwirkung altgermanischer Prinzipien beruht, oder sich als moderne Rechtsüberzeugung Geltung verschafft hat,“ S. 115; eine Darstellung, die deutlich zeigt, wie doch auch im Obligationenrecht germanische Gedanken mehr, als es oberflächlicher Beurtheilung scheint,

[14]) A.-R. Dr. E. Heilfron, Deutsche Rechtsgeschichte, Staatsrecht, Kirchenrecht. Dritte umgearbeitete Auflage. Berlin, Spener & Peters, 1898. XI u. 845 S. Preis geb. M. 8.

[15]) Handbuch des deutschen Privatrechts von O. Stobbe. Dritter Band: Urheberrecht, Forderungsrecht. Dritte Auflage, neubearbeitet von Prof. Dr. H. O. Lehmann. Berlin, Hertz, 1898. VIII u. 570 S. Preis M. 11.

Digitized by Google

die moderne Rechtsbildung beeinflußt haben. Aufgefallen ist mir auch diesmal mehrfach bei den Litteraturangaben eine kaum zu rechtfertigende Willkür, so wird beim Lizenzvertrag S. 74 die Dissertation von Klöppel, nicht aber das viel wichtigere Buch von Munk erwähnt; beim Namensrecht S. 89 fehlt die neueste, werthvolle Studie von Opet, bei der Arbeiterversicherung S. 405 deren ausführlichste Darstellung von Weyl.

Das Urheberrecht definirt Lehmann als „das alle rechtlich anerkannten Beziehungen umfassende Dispositionsrecht über ein Geistesprodukt". Er leugnet die von Kohler vertretene Duplizität zwischen Individual- und Immaterialgüterrecht, bekämpft auch Gierke's Ableitung aus dem Recht der Persönlichkeit. Aehnlich ist auch der Gehalt des Patentrechts; mit Recht tritt Lehmann auf Seite derer, die in der Patentertheilung nur einen deklaratorischen Akt sehen, S. 47.

Unter einem Schuldverhältniß ist nach dem Verfasser „eine Beziehung zwischen Personen, durch welche die eine der anderen zu einem näher bestimmten Verhalten verpflichtet ist", zu verstehen, S. 101; er nimmt also, m. E. zu Unrecht, von dem Moment des Vermögensinteresses Umgang.

Daß die Lehre vom einseitigen Versprechen als Entstehungsgrund der Schuldverhältnisse besonders ausführlich behandelt wird, versteht sich für ein Handbuch des deutschen Privatrechts von selbst, S. 173 ff. Schon hier zieht Lehmann die Inhaber- und Orderpapiere heran, S. 183 ff., deren Recht dazu im speziellen Theil S. 476 eine umfassende Spezialdarstellung erfährt. Wie schon früher, stellt er sich auch jetzt wieder dabei auf den Standpunkt der Emissionstheorie mit einer besonderen Ausprägung.

Es sei noch hervorgehoben, daß für das G.R. auf Grund deutschrechtlicher Theorien die Geltungskraft des abstrakten Versprechens vertheidigt wird, S. 192 ff. Ferner findet sich eine ausführliche Würdigung der Verträge zu Gunsten Dritter, S. 228; die sonst beachtenswerthe Darstellung leidet m. E. an dem Fehler, daß die wesentlich verschiedenen Momente des unmittelbaren Rechtserwerbs für den Dritten und der Unwiderruflichkeit des Vertrages durch die Kontrahenten nicht scharf genug auseinandergehalten werden, s. S. 237, 234, 243. Der Dritte kann doch sehr wohl ein durch den Rücktritt derselben resolutiv-bedingtes Recht erworben haben!

Aus dem speziellen Theil ragen hervor die Darstellungen des Kaufes, Versicherungsvertrages — wo mit Recht für die Versicherungsnatur der „Lebensversicherung" eingetreten wird; ferner von Spiel und Wette. Hier scheint mir die Polemik S. 441 gegen den Charakter des Lotterievertrages als emtio spei nicht durchschlagend. Auch beim Fischzug schafft erst der Verkäufer die Chance, und doch ist jener Gegenstand einer emtio spei.

In den Erörterungen über Schadensersatz glaube ich an der Behauptung Anstoß nehmen zu sollen, daß der Tödter oder Verletzer dem Ersatzberechtigten schlechthin die ihm von anderer Seite zufließenden Renten und Pensionen solle anrechnen dürfen. Die Judikatur hat sich wenigstens rücksichtlich der Privatpensionen und Versicherungssummen fast einmüthig gegen eine solche Anrechnungs-

Digitized by Google

pflicht erklärt, s. z. B. Entsch. bei Seuffert 39, 111; 42, 120; 43, 269 — auf Grund der richtig verstandenen Lehre von der compensatio lucri cum damno mit Recht.

Zum Schlusse sei nochmals betont, daß dieser Band in seiner Neubearbeitung wieder eine hervorragende Bereicherung der Wissenschaft bedeutet, auch für die des — vom Verfasser überall herangezogenen — B. G.B., das in wirklich fruchtbarer Weise nur auf der (romanistischen wie germanistischen) historischen Grundlage des gemeinen Rechts behandelt werden kann.

Ein anderes bewährtes Werk der bisherigen Litteratur, Mandry's Civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze, hat in Geib[16]) einen berufenen Bearbeiter gefunden. Die neue Ausgabe zeigt hier keine grundsätzlichen Aenderungen, namentlich sind das B. G.B. und die damit zusammenhängenden Gesetze nicht berücksichtigt worden; daß sich auch die C.P.O. und K.O noch in ihrem alten Texte zitirt finden, liegt bei dem bereits im März 1898 fertig gestellten Buche auf der Hand. In dieser Beschränkung ist die neuere Gesetzgebung, Litteratur und Judikatur, wie ich mich durch zahlreiche Stichproben überzeugt habe, mit größter Sorgfalt benutzt; um eine der seltenen Lücken hervorzuheben, fehlt beim Militärtestament die beachtenswerthe Schrift von Steidle. Auch sonst ist Manches ergänzt und gebessert, so daß der Zweck der Neubearbeitung bestens erfüllt sein dürfte.

Von Monographien vorwiegend gemeinrechtlichen Inhalts sei zunächst kurz auf zwei Dissertationen von Heucke und Thiele[17]) hingewiesen. Die erste behandelt in verständiger und klarer Darstellung die Lehre vom Verschwender in ihrer historischen Entwicklung, gemeinrechtlichen und nunmehrigen reichsrechtlichen Gestaltung. Interessant ist darin die scharfe Gegenüberstellung des altrömischen Civilrechts und der späteren, namentlich vom Prätor vermittelten und erst bei Justinian vollendeten Entwicklung. Extensiv auf das ganze Vermögen erweitert, ist die Interdiktion des Justinianischen Rechts intensiv abgeschwächt, indem sie im Gegensatz zum alten Recht keine volle Handlungsunfähigkeit mehr bewirkt. Vortheilhafte Geschäfte soll, entgegen der herrschenden Lehre, der prodigus nunmehr selbst dann schließen können, wenn sie mit der Ausgabe gewisser Sachen verbunden sind, S. 87—88. Auch zu familienrechtlichen Akten ist er grundsätzlich fähig, S. 106 ff.

Eine bisher zu wenig beachtete, schwierige Frage nimmt Thiele in Angriff. Er sieht mit Recht im Gemeingebrauch keine Servituten, für die es

[16]) G. Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. Vierte ergänzte und durchgesehene Auflage, bearbeitet von Prof. Dr. O. Geib. Freiberg, Mohr, 1898. XVI u. 656 S. Preis M. 12.

[17]) Kamm.-Ger.-Ref. Albert Heucke, Begriff und Rechtsstellung des Verschwenders nach römischem und deutschem Recht. Berliner Dissertation von 1898. 127 S. — Kamm.-Ger.-Ref. W. Thiele, Das Wesen des Gemeingebrauches an den res privatae, unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zu den Servituten, nach gemeinem Recht. Erlanger Dissertation von 1898. Berlin, Ebering. 85 S.

Digitized by Google

namentlich in dem Fall, daß gar keine Grenze der Gebrauchsberechtigten gezogen ist, an einem bestimmten Subjekte fehlen würde; vielmehr liegt ein öffentliches Rechtsverhältniß vor, kraft dessen jeder Einzelne als angeborenes Persönlichkeitsrecht die Antheilnahme am Gebrauch verlangen und nöthigenfalls mit der actio iniuriarum oder einem der besonderen von den Römern geprägten Interdikte durchsetzen kann, S. 17, 19, 34.

Daneben sind freilich auch Servituten an den Sachen Privater zu Gunsten der Gemeinde oder des Staates denkbar, S. 54—55.

v. Hollander[18]) legt eine gewandt geschriebene Revision der römischen Irrthumslehre vor, die sich unter Heranziehung eines großen Quellenmaterials im Wesentlichen der Erklärungstheorie anschließt, sie aber noch weiter ausgestaltet: nicht die einzelne beim Geschäftsabschluß — etwa in schriftlicher Redaktion — hervortretende Erklärung, sondern die Gesammtwillenserklärung ist entscheidend, S. 63, 77, 96, 118—119. Das aber selbst bei letztwilligen Verfügungen, die man als sicheres Gebiet der Willenstheorie anzusehen gewohnt war, S. 97.

Daneben kommt nach v. Hollander der innere Wille zur Geltung:

a) indem der error insoweit als wesentlich angesehen wird, „als die aequitas durch die Mittel der exceptio doli und in integrum restitutio propter justum errorem ihn rechtfertigt, S. 171. Also ähnlich wie im B.G.B., nur noch nicht voll durchgebildet.

b) In vielen Fällen, wo bisher Irrthum angenommen ward, behauptet Verfasser theils das Vorhandensein eines die Gültigkeit des Aktes ausschließenden Dissenses, theils soll eine stillschweigende condicio in praesens collata anzunehmen sein, S. 111, 118. So namentlich in vielen Fällen des sog. error in substantia.

Für entscheidend kann ich die Beweisführung des Verfassers nicht erachten. Aber sein Buch dürfte gerade im Sinne der Erklärungstheorie einen wesentlichen Fortschritt bedeuten, indem es sie von dem schweren Vorwurf befreien hilft, daß sie formalistisch nur auf das Aeußere des Geschäftes sehe. Freilich hätte Verfasser noch konsequent den weiteren Schritt thun können und sollen, den inzwischen Isay unternommen hat (s. unten bei Nr. 48), daß es nicht nur auf den Gesammtthatbestand der Willenserklärung, sondern überhaupt auf die Gesammtheit der Umstände des (auch negativen) Verhaltens der Betheiligten ankomme.

Sehr umfassend, umfassender als irgend eines der vielen dem Gegenstand schon gewidmeten Bücher ist eine andere Habilitationsschrift, in der Binder[19]) sich über die Korrealobligationen verbreitet. Der gründlichen, in ihrer werthvollen Quellenexegese und mannigfachen Erörterungen auch über das Thema

[18]) Dr. H. v. Hollander, Zur Lehre vom „error" nach römischem Recht. Habilitationsschrift. Halle, Waisenhaus, 1898. X und 178 S. Preis M. 4.

[19]) Dr. Julius Binder, Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht. Leipzig, Teichert, 1899. X u. 610 S. Preis M. 9.

Digitized by Google

hinaus vielfach auf verwandte Gebiete, z. B. die Lehre von der Untheilbarkeit der Obligation, übergreifenden Arbeit wird auch der Anerkennung zollen müssen, der die vom Verfasser mit übergroßer Siegeszuversicht vorgetragene Grundidee des Buches nicht für sichergestellt hält.

Diese besteht in der Ablehnung jedes Unterschiedes zwischen Korrealität und Solidarität schon für das römische Recht, S. 166, 311, 393. Es giebt nur eine Solidarität im Sinne einer „Mehrheit von Obligationen mit identischem Gegenstande". Allerdings heben sich die Fälle der bisher sog. Korrealität daraus insofern ab, als hier das „die Obligationen identifizirende Moment" nicht von vornherein in der identischen Leistung gegeben ist, sondern erst der künstlichen Schaffung im Verpflichtungsakt bedarf. Aber dieser Unterschied hat jedwede Bedeutung verloren, seit Justinian die Verschiedenheit in der Litiskontestationswirkung aufgehoben hat.

Zur Solidarität rechnet Binder auch die Verpflichtung des Bürgen, überhaupt die accessorischen Verpflichtungen, S. 134—139; auch die Haftung des dominus neben dem Thäter bei der actio noxalis, bei der actio de peculio neben der a. directa, S. 122; ferner die untheilbaren Obligationen auf der Passivseite (s. die gute Ausführung S. 97, 111), nicht aber die auf der Aktivseite, S. 480.

Zur Rettung seiner, sozusagen dezentralisirenden, Grundidee muß Verfasser natürlich den Kreis der nach der herkömmlichen Auffassung bei der Korrealität objektiv wirkenden Thatsachen möglichst eng ziehen. Mit unleugbar scharfsinnigen Gründen versucht er den Nachweis, daß sowohl die Novation (S. 221), das freisprechende Urtheil (S. 257—259), wie selbst die culpa immer nur gegenüber dem betreffenden correus gewirkt haben. Nur bei der litiscontestatio muß Verfasser die gegentheilige Ansicht für das vorjustinianische Recht nothgedrungen zugeben.

Sind schon diese Ausführungen des Verfassers keineswegs über alle Zweifel erhaben, so ist sein Widerspruch gegen Eisele's neue Lehre mit ihrer Scheidung der echten und unechten Solidarität vollends unzulänglich. Für Fälle, wie den in Ihering's Civilrechtsfällen Nr. 94 (66) mitgetheilten oder den ähnlichen, wenn zwei Delinquenten durch getrennte Handlungen proprio consilio einen und denselben Schaden anrichten — z. B. zwei Fabriken lassen ihre Abwässer, jede in einer zur Verseuchung ausreichenden Quantität, in denselben Fluß ablaufen — ist in der Solidaritätslehre des Verfassers nach seinem eigenen Zugeständniß (S. 380) kein Raum. Ich verstehe nicht, welche Art Haftung hier anzunehmen sein soll, wenn nicht eine (unechte) solidarische im Sinne Eisele's. Denn der Zweck der Verpflichtung ist bei den mehreren Haftenden offenbar identisch, sodaß mit der Leistung des einen die anderen nothwendig befreit werden — wir müßten denn zu einem gehässigen System der Privatstrafen zurückkehren wollen! Ob der Erfolg gemeinsam oder von jedem für sich herbeigeführt war, ist ganz belanglos; es genügt, daß jeder ihn durch sein Handeln ganz verursacht hat. Ist das richtig, so ergiebt sich aber mit Nothwendigkeit die Unterscheidung einer „unechten Solidarität" von der auf Gemeinsamkeit des Entstehungsaktes beruhenden „echten".

Digitized by Google

Auch den allgemeineren Bemerkungen Binder's gegen die „naturrechtliche Methode" kann ich nur zum Theil folgen. Man gewinnt den Eindruck, als ob er in vollem Ernst den Werth begrifflicher Untersuchungen für die Rechtswissenschaft ablehnte, so lange sie keinem unmittelbaren praktischen Bedürfniß dienen (s. S. 509). Auch ich glaube mich, wie nur irgend jemand, frei vom Kultus einer einseitigen Begriffsjurisprudenz; aber trotzdem muß ich gegen eine solche Unterschätzung des logischen Moments in Recht und Rechtswissenschaft entschieden Verwahrung einlegen.

Den zweiten Theil des Werkes bildet eine lehrreiche, wennschon von seiner einseitigen Grundfärbung allzustark beeinflußte Darstellung der neuen Gesetzgebungen; davon wird die ausführliche Erörterung über das B.G.B. derzeit am meisten auf Beachtung rechnen können (S. 569—598). Die hier gegebene Polemik gegen Schott scheint mir im Wesentlichen durchschlagend.

Voß[20]) giebt eine übersichtliche, in manchen Punkten gelungene Kritik der bisherigen Versuche zur Erklärung des Satzes „periculum est emtoris"; wenn er aber ausklingt in der (S. 67) Behauptung, der Satz ließe sich juristisch überhaupt nicht konstruiren, so dürfte das doch wohl auf einer Verwechselung des subjektiven Unvermögens mit der objektiven Unmöglichkeit beruhen. M. E. mit Recht vertheidigt Verfasser den Satz vom Standpunkte der Billigkeit und des Verkehrsbedürfnisses aus gegenüber der bekannten Stellungnahme des B.G.B.

IV. Bürgerliches Recht.

a) Kommentare.

Von den in der vorigen Rundschau angezeigten Kommentaren sind inzwischen weitere Lieferungen erschienen, und andere Werke sind dazugetreten.

An erster Stelle muß natürlich wiederum Planck[21]) genannt werden. Der zweite Band, das Recht der Schuldverhältnisse umfassend, ist bis § 661 S. 1—408) vorgeschritten, und im Familienrecht hat Unzner einen vielversprechenden Anfang gemacht.

Vom Obligationenrecht sind von Planck selbst die allgemeinen Lehren (§§ 241—432, S. 1—224) als Lieferung 3 bearbeitet; Kauf, Schenkung und Miethe (§§ 433—597, S. 225—334) hat Greiff, den Rest André beigesteuert. Ueber Anlage, Eigenart und Werth des hervorragenden Werkes habe ich mich früher (XIV, 351) geäußert, sodaß ich hier der näheren Erörterung enthoben bin. Es sei nur noch bemerkt, daß ich mich anläßlich eigener Arbeit gerade im Recht der Schuldverhältnisse davon habe überzeugen können, ein wie sicherer, zu-

[20]) Dr. iur. K. Voß, Ueber den Satz „periculum est emtoris". Ein kritischer Versuch. Leipzig, Fock, 1898. 76 S. Preis M. 2.

[21]) Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. In Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen und Unzner erläutert von Geh.-Rath. Prof. Dr. G. Planck. Lieferung 3—4: Recht der Schuldverhältnisse (Abschn. 1—7, Titel 9). Berlin, Guttentag, 1898. Preis M. 8,70.

Digitized by Google

verläßiger und fast nie versagender Berather Planck für den ist — und auf lange hinaus bleiben wird —, der ein volles Verständniß des neuen Rechts erstrebt. Die unleugbare Einseitigkeit des Buches, zu ausschließlich mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzbuches zu operiren und zu wenig in Anknüpfung an das bisherige Recht und seine Litteratur die historische Kontinuität zwischen Altem und Neuem nachzuweisen, ist freilich auch in den vorliegenden Lieferungen (am wenigsten in den von André bearbeiteten Partien) geblieben, aber man wird sich gern damit trösten, daß das Mangelnde auch wohl Andere ausfüllen können, während Planck's Werk in seiner Eigenart eben nur er zu schaffen im Stande war.

Der von Greiff übernommene Theil scheint mir, ohne ihm zu nahe treten zu wollen, gegen die vorherigen Lieferungen zurückzustehen, namentlich muß ich eine gegenüber der grundlegenden Wichtigkeit der behandelten Materien allzugeringe Ausführlichkeit bemängeln, so u. a. bei den §§ 459 und 525.

Mit André hebt wieder eine ausführlichere Darstellung an, auch eine stärkere Berücksichtigung der Litteratur; jedoch ist diese bisweilen etwas ungleichmäßig, so hätte bei Erörterung der Vergütung des Dienstberechtigten (§ 612) ein so eminent wichtiges Buch wie Crome's „partiarische Rechtsgeschäfte" nicht unerwähnt bleiben sollen. Manchmal ist André allzu zurückhaltend in der Stellungnahme, so wenn er zu § 656 einfach konstatirt, die Wissenschaft habe „freie Hand", ob sie im Ehemaklervertrag ein unsittliches Geschäft sehen oder daraus eine Naturalobligation entspringen lassen will.

Ueber die Darstellung des Familienrechts werde ich in der nächsten Rundschau referiren.

Von dem in Carl Heymanns Verlag erscheinenden zweiten großen Kommentar[22]) liegt das Sachenrecht, von Biermann, fertig und das Recht der Schuldverhältnisse, vom Schreiber dieser Zeilen bearbeitet, in den Allgemeinen Lehren vor.

Biermann's Kommentar ist, wie in der Einleitung hervorgehoben wird, ein materiell völlig selbständiges Werk, nur in der äußeren Anordnung das Glied eines größeren Ganzen. Charakteristisch ist ihm das grundsätzliche strenge Festhalten am Wortlaut des Gesetzes, ein Verfahren, worin Verfasser m. E. freilich manchmal zu weit geht, das aber namentlich in der ersten Zeit mangels einer maßgebenden Judikatur und Speziallitteratur unleugbar sein Gutes hat. Diese streng positivistische Haltung bestimmt auch vielfach die Stellungnahme des Verfassers zu den konstruktionellen Fragen — so wird der Gesammthypothek wegen lediglich auf das in den Protokollen Enthaltene hingewiesen, § 1132 Nr. 1. Aehnlich thut Bem. 3 zu § 1273 eine Konstruktion des Pfandrechts an Rechten

[22]) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, herausgeg. von den Prof. Biermann, Frommhold, Gareis, Priv.-Doz. Hubrich, Landrichter Riedner, Prof. Oertmann. — Das Sachenrecht von J. Biermann. Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1898. XII u. 324 S. Preis M. 7. — Das Recht der Schuldverhältnisse von P. Oertmann. Erste Abth.: Allgemeine Lehren. Das., 1899. 160 S. Preis M. 3,60.

Digitized by Google

einfach, als zur Zeit noch nicht mit Sicherheit zu geben, ab. Auch das bisherige Recht, seine Judikatur und Litteratur findet nur knappe Berücksichtigung.

Innerhalb dieser selbstgewählten Beschränkungen ist die Arbeit eine höchst anerkennenswerthe Leistung. Was mir besonders an ihr zusagt, ist die knappe, präzise und überall klare Formulirung, die Uebersichtlichkeit der Anordnung; auch der gesund-realistische, stets aufs Praktische gerichtete Blick des Verfassers ist rühmend hervorzuheben. Nach alledem scheint das Buch seinen immerhin vornehmlichsten Zweck, der Praxis zu dienen, in vorzüglicher Weise zu erfüllen geeignet.

Die Urtheile des Verfassers sind meist beifallswerth, nur zuweilen fordern sie den Widerspruch heraus. So, wenn er S. 3 für das neue Recht das Erforderniß des Besitzwillens leugnet, eine Behauptung, mit der er in dieser Entschiedenheit bislang meines Wissens ziemlich allein steht. Freilich wird kein animus domini zu erfordern und der Besitzwille überhaupt weniger als ein rechtliches, denn als ein faktisches, daher von sonstiger Geschäftsfähigkeit nicht bedingtes Erforderniß anzusehen sein. Darum ist andererseits auch die Leugnung eines Eigenbesitzes beim Geschäftsunfähigen (§ 872 Nr. 1) nicht für alle Fälle annehmbar. — Die Behauptung zu § 1833 Nr. 1, daß zur sog. Devastationsklage des Hypothekars jede Werthverminderung des Grundstücks genüge, dürfte viel zu weit gehen, dann müßte ja auch ein lediglicher Rückgang der Preise dazu ausreichen!

Doch das sind Kleinigkeiten, mit denen dem Buche selbstverständlich nicht zu nahe getreten werden soll.

Ueber meinen eigenen Kommentar kann ich mich hier nicht weiter verbreiten. Bemerkt sei nur, daß darin auf die Entstehungsgeschichte weniger, auf das bisherige Recht und seine Litteratur mehr, als bei Biermann, eingegangen ist. In der äußeren Anordnung ist im Wesentlichen dasselbe System befolgt.

Ein dritter umfassender Kommentar wird von einer Gruppe bayrischer Praktiker, von denen einer zugleich ein geachteter Theoretiker ist, bearbeitet.[23]) Gleich Planck's Werke erscheint er in Lieferungen, bisher vier an der Zahl, die das Sachenrecht ganz, und das Familienrecht nahezu zur Hälfte umfassen. Auch dies Sammelwerk gehört zweifellos zu den hervorragendsten Erscheinungen der Litteratur des B.G.B. Von Praktikern verfaßt und für die Praxis geschrieben, geht es weniger auf die Konstruktion ein, als auf die Tragweite der

[23]) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. In Gemeinschaft mit Prof. R.A. Dr. Löwenfeld, L.G.R. Mayring, A.R. Kober, St.A. Dr. Engelmann, R.A. Dr. Herzfelder und O.L.G.R. Wagner herausgegeben vom Senatspräsidenten Dr. J. v. Staudinger. München, J. Schweitzer's Verlag, 1898 99. Lieferung 1—4, enthaltend: a) Band 3, Sachenrecht von Karl Kober, 339 S., b) Band 4, Familienrecht von Th. Engelmann (§§ 1297—1362) und J. v. Staudinger (§§ 1363—1517) 288 S. Preis jeder Lieferung M. 3.

Digitized by Google

Beſtimmungen des Geſetzbuches. Aber es iſt doch — das gilt namentlich von der Bearbeitung des Familienrechts — durchaus wiſſenſchaftlich gehalten; neben einer angemeſſenen Berückſichtigung der Materialien tritt überall eine erfreuliche Selbſtändigkeit der Auffaſſung hervor. Auf das bisherige Recht und ſeine Judikatur — ſeltener auf die Litteratur — gehen alle Bearbeiter in ausgiebiger Weiſe ein, höchſtens Kober hätte bisweilen darin etwas mehr thun können.

Die Anordnung iſt im Allgemeinen überſichtlich, wenngleich ein Fettdruck von Stichworten, deſſen ſich Biermann mit großem Vortheil bedient, hier leider unterblieben iſt. Die Sprache iſt deutlich und präzis. Das gilt ganz beſonders von Engelmann's, weſentlich auch von Kober's Bearbeitung, während Standinger's Darſtellung bisweilen von einer gewiſſen Schwerfälligkeit beeinträchtigt wird.

Um nur noch einzelne Punkte zu erwähnen, ſcheint mir die Polemik Engelmann's S. 23 gegen Manten, wonach uneheliche Kinder desſelben Erzeugers dem Eheverbot des § 1310 unterliegen, durchſchlagend; dasſelbe gilt von der Bemerkung zu § 1308 Nr. 2 gegen Fiſcher-Henle. Zweifelhaft ſcheint mir gegen Standinger, S. 91, ob das B.G.B. die eheliche Vormundſchaft wirklich ganz reſtlos beſeitigt hat, oder ob nicht vielmehr gewiſſe Sätze (ſo § 1358) ſich nicht doch hiſtoriſch daraus ableiten, ſ. Coſack-Gerber S. 453. Zu § 1373 vermiſſe ich eine Unterſuchung darüber, ob der Ehemann alleiniger oder nur unmittelbarer Beſitzer des Eingebrachten ſei. Der Verfaſſer ſcheint das Erſtere anzunehmen, ohne ſich der ſchweren Bedenken dagegen bewußt zu werden.

Von einem vierten, ſchon durch den Namen ſeines Autors von vornherein bedeutſamen Kommentar, von Rehbein, liegen erſt die beiden erſten Lieferungen vor. Dasſelbe iſt der Fall bei dem ſehr umfaſſend angelegten Werke zweier jüngerer Berliner Anwälte, Szkolny und Caro. Ich werde auf beide Werke nach ihrem weiteren Fortſchreiten zu ſprechen kommen. Dagegen iſt es nicht angängig, über den früher (XIV, 353) an dieſer Stelle angezeigten Scherer'ſchen Kommentar weiterhin zu reden, nachdem der Verfaſſer durch ſeine Entgegnung bekundet hat, daß er meinem — durchaus objektiv und maßvoll gehaltenen — Referat nicht die nöthige Unparteilichkeit zutraut.

Weſentlich kürzer als die ſechs genannten großen Kommentare, hält ſich die von Kuhlenbeck[24]) im Auftrage des deutſchen Anwaltvereins unternommene Arbeit, etwa im Umfange der früher beſprochenen Meiſner'ſchen Publikation gleich. Verfaſſer beabſichtigt „einen brauchbaren Handkommentar zu liefern, d. h. ein Buch, das beim täglichen Gebrauch in der Praxis zu verwenden iſt". Dieſem Zweck dürfte die ſaubere, auch äußerlich durch beſonders

[24]) R.A. Dr. Ludw. Kuhlenbeck, Das bürgerliche Geſetzbuch für das Deutſche Reich nebſt dem Einführungsgeſetz. Im Auftrage des Vorſtandes des Deutſchen Anwaltvereins erläutert. Erſter Band, erſter und zweiter Theil, 599 S. Preis M. 7.

Digitized by Google

handliches Format empfehlenswerthe Arbeit durchaus entsprechen. Im Gegensatz zu den meisten, auch größeren Kommentaren, hat Kuhlenbeck seine Sorgfalt besonders auf die Vergleichung des neuen Rechts mit dem bisherigen verwendet, die vorhandene Litteratur, namentlich die gemeinrechtliche, und Judikatur in sehr weitem Umfang herangezogen. Ich möchte sogar glauben, daß er in dieser Hinsicht im Verhältniß zu dem begrenzten Zweck seines Unternehmens mitunter reichlich weit gegangen sei; so werthvoll derartige Angaben sind, so kommt es dabei doch immer auf die peinlichste Auswahl dessen an, was auch für die Anwendung des neuen Rechts noch belangvoll ist, zumal im Sinne des „Handgebrauchs". Diese Grenze aber hat Verfasser nicht immer innegehalten, bei verschiedenen von ihm mitgetheilten Entscheidungen habe ich trotz redlichen Nachdenkens nicht feststellen können, was sie zum Verständniß des B.G.B. beitragen sollen. Aehnliches gilt von den Litteraturangaben, wo manche unbedeutende Dissertation hätte gestrichen werden können und sollen (s. z. B. die auf Seite 223 unten angegebenen).

Aber auch für die Dogmatik des neuen Rechts ist der Kommentar ergiebig; seine Auffassungen sind zwar vielfach durch die Vorarbeiten entscheidend bestimmt, zeigen aber doch auch eine erfreuliche Selbständigkeit, so in der wiederholten, mitunter recht glücklichen Polemik gegen Planck (z. B. zu §§ 276, 382 und 409). Auch sonst habe ich bei eigener Arbeit vielfache Anregung aus dem Werke schöpfen können und so seine Brauchbarkeit unmittelbar verspürt. Allerdings kann auch der Widerspruch hier und da nicht ausbleiben, wie mein eigener Kommentar des Näheren angeben wird.

Für die praktische Verwendbarkeit ist es besonders wichtig, daß Verfasser das Erscheinen der Nebengesetze und der gedruckten Protokolle (neben denen die Verweisung auf Reatz nunmehr überflüssig gewesen wäre) abgewartet und sie alle gewissenhaft herangezogen hat. So scheint mir das Unternehmen allen Anforderungen zu genügen, die man billigerweise dafür stellen durfte, und die Hoffnung des Verfassers ist wohl nicht unbegründet, daß es sich im täglichen Gebrauch neben den wissenschaftlich ausführlicheren werde behaupten können.

Aehnlichen Zwecken, wenn es sich auch bescheiden eine bloße „Handausgabe" nennt, dient im Grunde das Werk von Neumann,[25]) das bereits im ersten Bande abgeschlossen vorliegt. Es ist allerdings im Ganzen knapper gehalten als das Kuhlenbeck'sche; die Verweisungen auf das bisherige Recht und die Litteratur fehlen durchaus, die Mittheilungen der Judikatur sind wenigstens erheblich spärlicher als bei jenem. Auch die Erläuterungen halten sich in gedrängtester Kürze, vielfach bestehen sie nur in Schlagworten und Verweisung auf Parallelstellen; nur in den für die Auslegung besonders schwierigen Partien nehmen sie einen erheblicheren Umfang ein. Außerdem sind den Titeln werthvolle erläuternde Vorbemerkungen vorausgeschickt.

[25]) R.A. Dr. Hugo Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. Erster Band: Buch I—III. Berlin, Vahlen, 1899. XIV u. 700 S. Preis M. 10.

Digitized by Google

Für die äußere Anlage ist charakteristisch, daß auf den einzelnen Seiten zunächst der Text gebracht wird, und dann unter dem Strich die Anmerkungen folgen. Dabei werden in den Text die einschlägigen Sätze der anderen Reichsgesetze, vornehmlich das H.G.B., die C.P.O., K.O, durch lateinischen Druck kenntlich gemacht, eingeschoben.

Man wird nicht umhin können, der Neumann'schen Arbeit nach Form und Inhalt uneingeschränktes Lob zu spenden und ihr einen entsprechenden äußeren Erfolg vorauszusagen. Besonders ist die geschickte Technik und die, durch „systematische Marginalien" beförderte Uebersichtlichkeit zu rühmen, in der das Buch von wenigen übertroffen wird und den meisten — auch Kuhlenbeck — erheblich überlegen ist. Es ist unmöglich, sich nicht sofort darin zurecht zu finden. Allerdings setzt die lakonische Kürze der Anmerkungen einen juristisch schon wohlgeschulten Benutzer voraus; zur ersten Einführung oder zum akademischen Gebrauch ist das Buch nach seiner ganzen Anlage weniger geeignet.

Die bereits früher besprochenen kleineren Handausgaben in einem Bande, die wir Achilles und Fischer-Henle verdanken, haben inzwischen bereits eine zweite Auflage erlebt.[26]) Konnten beide schon in ihrer ursprünglichen Gestalt fast durchgängig gerühmt werden, so gilt das von der neuen Ausgabe in noch erhöhtem Maße. Die wesentlichste Neuerung liegt in der Verwerthung der inzwischen erschienenen im Interesse der praktischen Brauchbarkeit der Ausgaben sehr bedeutsamen Nebengesetze von 1898. Aber auch im Einzelnen ist mit Rücksicht auf die bisherige Litteratur vielfach gebessert; namentlich bei Fischer-Henle habe ich bei der täglichen Benutzung eine Anzahl wesentlicher Verbesserungen feststellen können.

Die Grundlage aber ist in beiden Büchern dieselbe geblieben, was mich hier der Nothwendigkeit eines näheren Eingehens darauf enthebt. Bemerken möchte ich nur, daß beide Ausgaben nach meinen persönlichen Erfahrungen sich für den akademischen Handgebrauch besonders bewährt haben.

Eine Bibliographie des B.G.B. ist natürlich bei dem ungeheuren Anschwellen der Litteratur schnellem Veralten ausgesetzt. Trotzdem verdient der von Mühlbrecht[27]) unternommene Versuch in dieser Richtung, zumal wenn

---

[26]) Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, mit Einleitung, Anmerkungen und Sachregister. In Verbindung mit André, Greiff, Mitgen, Unzner herausgegeben von R.G.R. Dr. A. Achilles. Zweite vermehrte Auflage. Berlin, Guttentag, 1899. XVI u. 946 S. Preis Mk. 5,50 geb. — Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen, in Verbindung mit Ebert und Schneider herausgegeben von Otto Fischer und Wilhelm Henle. Zweite umgearbeitete und vermehrte Auflage. München, Beck, 1898. XXX u. 1199 S. Preis Mk. 6,50 geb.

[27]) O. Mühlbrecht, Bibliographie des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. I. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht, 1898. 43 S. Preis Mk. 1.

Digitized by Google

er in nicht zu seltenen Zwischenräumen wiederholt wird, unsere Anerkennung. Das vorliegende Heft verzeichnet die Litteratur zur „Vorgeschichte" der neuen Gesetzgebung, die verschiedenen amtlichen Publikationen, die Litteratur zu den Entwürfen und die frühesten Arbeiten über das B.G.B. selbst. Das Gebotene ist übersichtlich geordnet und auch im Ganzen zuverlässig. Freilich mit Einschränkungen. So ist S. 12 das Buch von Altmann nur mit Unrecht zur Litteratur des Entwurfes gerechnet; andererseits fehlen S. 27 ff. Bulling's Studie über das Recht der unehelichen Kinder und Crome's partiarische Rechtsgeschäfte. Bei Unger's Handeln auf eigene Gefahr ist S. 18 nur die erste, nicht die 1893 erschienene wesentlich veränderte zweite Auflage vermerkt, während bei Thibaut's und Savigny's Streitschriften aus dem Jahre 1814 nur das Jahr der letzten Auflage zitirt und dadurch das wahre Verhältniß beider verdeckt wird.

Helmrich[28]) giebt einen sehr übersichtlich angeordneten „Paragraphenschlüssel" zum B.G.B., der es ermöglicht, von irgend einem der Entwürfe ausgehend, die entsprechende Bestimmung im B.G.B. oder auch umgekehrt ohne jeden Zeitverlust festzustellen. Ich habe mich von der Brauchbarkeit und Zuverlässigkeit dieses Hülfsmittels wiederholt zu meinem Vortheil überzeugen können.

---

b) Lehrbücher und sonstige Gesammtdarstellungen.

Die Zahl der dem B.G.B. gewidmeten systematischen Arbeiten übertrifft womöglich noch die der Kommentare. Ich beginne mit dem Hinweis auf die Fortsetzung der bereits früher in Angriff genommenen großen Werke von Cosack (XIII, 108) und Endemann (XIII, 108 und XIV, 356). Von Cosack's Buche[29]) ist nunmehr der erste Band vollständig geworden. Was ich bei dem früher erschienenen Theile rühmend hervorhob, trifft auch bei dem späteren zu: dieselbe scharfe logische Durchdenkung des Stoffes in durchweg eigenartiger Weise, die sich nicht mit der bequemen Erläuterung des unmittelbar im Gesetzbuch selbst Enthaltenen begnügt, sondern überall mit rücksichtsloser, manchmal gegenüber den milderuden Prinzipien des bonum et aequum zu rücksichtsloser Kühnheit die Konsequenzen aus den gesetzlichen Bestimmungen zieht, schwierige und zweifelhafte Punkte geradezu herbeisucht und dabei die aufgestellten Sätze durch höchst scharfsinnig ersonnene Beispiele zu erläutern weiß. Um sich über diese großen Vorzüge des Werkes klar zu werden, braucht man nur die feinen Bemerkungen S. 399 ff. über den Lieferungsverzug des Verkäufers, S. 417 über den mehrfachen Verkauf derselben Sache, S. 434 über das Recht des Verkäufers, den ädilicischen Klagen durch Nachbesserung der

[28]) W. C. Helmrich, Paragraphenschlüssel zu dem B.G.B. und den Entwürfen. Jena, Neumann. 251 S. Preis Mk. 3,50.

[29]) Prof. Dr. Conrad Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Erster Band: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen. Jena, Fischer, 1898. XXVI u. 615 S. Preis M. 11,50.

Digitized by Google

mangelhaften Sache zu entgehen, die vortrefflichen Bemerkungen über das Schadensersatzrecht des § 823, S. 585 zu betrachten.

Nach wie vor beklage ich andererseits, daß Verfasser nicht mehr auf die historischen Grundlagen des neuen Rechts, namentlich des von ihm zum Schaden seines Werkes viel zu wenig gewürdigte römische Recht eingegangen ist.

Zu einer Stellungnahme zu dem reichhaltigen Inhalte im Einzelnen ist hier natürlich weder Platz noch Bedürfniß; ich darf das wohl meinem Kommentar vorbehalten.

Weiter als Cosack ist Endemann vorgeschritten,[*]) indem er bereits das Sachenrecht fertig vorlegt. Auch dieser Theil ist, wie die früheren, sehr ausführlich, fleißig und gewissenhaft, mit reichhaltigen historischen Anknüpfungen und überall durch ernstes Streben nach Herausstellung der wissenschaftlichen Grundgedanken ausgezeichnet. Im Gegensatz zu dem gleich zu erwähnenden Buche von Deruburg behandelt Endemann ausgiebig nur das Recht des B.G.B. selbst; die zahlreichen darin nicht aufgenommenen Partien sachenrechtlichen Inhalts werden zwar nicht ganz übergangen, aber doch recht kurz, für ein „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts" allzu kurz abgethan (s. z. B. das über „Begrenzung des Eigenthums im öffentlichen Interesse" S. 294 ff. Gesagte).

Um aus dem reichen Detail wenigstens Einzelnes herauszugreifen, scheint mir die Grundanschauung, daß das Sachenrecht des B.G.B. „aus dem allgemeinen Theil und dem Rechte der Schuldverhältnisse seine natürliche Ergänzung finde", S. 7, beifallswerth. Auch die Ausführung, daß trotz Beseitigung des Namens in der für die grundbuchmäßigen Akte erforderlichen „Einigung" der Betheiligten ein dinglicher Vertrag zu erblicken sei, und die Auseinandersetzung über dessen Charakter, S. 64 ff., werden auf Zustimmung rechnen dürfen. Dasselbe gilt von den meisten Punkten der Darstellung des Besitzes, so wenn Verfasser gegen Ihering für das römische und gegenüber der landläufigen Lehre für das bürgerliche Recht das Erforderniß des Besitzwillens vertheidigt, S. 103, 118, 153 — woraus aber m. E. zu Unrecht die Unfähigkeit eines „Verkehrsunfähigen" zum Besitzerwerb gefolgert wird —; wenn er im Besitze zwar eine Rechtsposition, aber kein eigentliches subjektives Recht erblickt, S. 143, wenn er die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers für die Eigenthumsklage vertheidigt.

Nicht ganz einverstanden bin ich mit der Annahme des Verfassers, es sei durch das B.G.B. die Möglichkeit von Rechten an Rechten zugegeben, S. 1, 31. Allerdings ist Verfasser in dieser Frage sehr maßvoll, ja er neigt sich schließlich im Widerspruch zu seinem Ausgangspunkt doch der m. E. richtigen Ansicht zu, daß in den fraglichen Fällen eine begrenzte — allerdings nicht wie Endemann bez. der Pfandrechte an Rechten S. 568 zu weit gehend sagt, eine fiduziarische — Abtretung des alten Rechts selbst zu finden sei.

[*]) Prof. Dr. F. Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Dritte und vierte völlig neubearbeitete Auflage. Zweiter Band, erster Theil: Sachenrecht. Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1898. 578 S. Preis M. 7.

Digitized by Google

Auch in der Auffassung des Wesens der dinglichen Rechte stehe ich trotz Endemann's Lehre nach wie vor auf dem Standpunkte, den ich in Ihering's Jahrb. Bd. 31 vertreten habe. Immerhin sind seine Ausführungen S. 11 beachtenswerth.

Nicht für besonders glücklich wird man die Definition des Eigenthums S. 166 erachten: „E. ist die innerhalb der Schranken des Gesetzes und der Berechtigungen Anderer bestehende, ihrem Rechtsinhalte nach unbegrenzte Herrschaft über eine Sache". Denn die Rechte an fremder Sache lähmen das Eigenthum nur aktuell in der Ausübung, während sie es in Begriff und Anlage unberührt lassen.

Man darf hoffen, daß die fast durchweg rühmenswerthe rüstig vorschreitende Arbeit in kurzer Frist als erste der großen wissenschaftlichen Gesammtdarstellungen vollendet vorliegen wird.

Inzwischen ist auch Dernburg[31]) in die Reihe der systematischen Bearbeiter des neuen Rechts eingetreten, und zwar mit einem auf der Grundlage seines berühmten preußischrechtlichen Werkes beruhenden, auf vier Bände berechneten Unternehmen, von denen der dritte, das Sachenrecht, zunächst vorgelegt wird. Schon dadurch unterscheidet sich dies monumental angelegte Werk von den bisher erwähnten, daß es nicht nur das Reichsrecht behandelt, sondern dasselbe mit dem daneben bestehen bleibenden Preußischen Partikularrecht zu einer Gesammtdarstellung vereinigt. Diese Eigenart zeigt sich naturgemäß gerade im vorliegenden Bande besonders bedeutsam. Wir finden hier ausgiebige Darstellungen des Agrarrechts (S. 153—190), der Eigenthumsbeschränkungen (S. 205 ff.), der Familienfideikommisse, des Wasser- und Bergrechts, aber nicht des Lehensrechts. Viele von diesen und anderen Erörterungen sind den Kennern von Dernburg's Privatrecht bereits geläufig, aber darum ist das Buch mit nichten eine bloße Umarbeitung, sondern vielmehr in seinem Wesen ein ganz neues Werk. Daß es überall hochbedeutsam, anregend und vom feinsten juristischen Takt beherrscht ist, braucht bei einem Buch des berühmten Altmeisters kaum besonders hervorgehoben zu werden. Aber auch — was keineswegs einen Tadel bedeuten soll — das hat das neue Werk mit den früheren des Verfassers gemein, daß die überall selbständigen und oft recht subjektiv geprägten Anschauungen zwar stets fördernd, aber nicht immer überzeugend sind. — Ueberall finden sich die realen Grundlagen des Rechts, namentlich die wirthschaftlichen Gesichtspunkte hervorgehoben; aus ihnen heraus weiß Dernburg S. 569 mit Recht aus aller Verschiedenheit der Formen des Realkredits einen einheitlichen Pfandrechtsbegriff zu retten.

Durch die eben dargestellte Anlage des Werkes wird sein Werth und seine Brauchbarkeit für den Vorgeschritteneren, namentlich den preußischen Praktiker erhöht. Dagegen ist mir nicht ebenso sicher, ob es in die Kreise der Studirenden

[31]) Geh. R. Prof. Dr. H. Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Dritter Band: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. Halle, Waisenhaus, 1898. XVI u. 792 S. Preis M. 12.

Digitized by Google

in ähnlichem Siegeslauf eindringen wird, wie einstens des Verfassers Pandekten. Dazu ist die gemeinrechtliche Grundlage zu knapp, das preußische Recht zu ausführlich dargestellt.

Daß es bei derartigen Büchern immer Punkte giebt, die bei diesem oder jenem Leser auf Widerspruch stoßen, andere, die er gern ausführlicher behandelt gesehen hätte, ist unausbleiblich. Ich nehme von der an dieser Stelle doch wenig angebrachten Aufzählung in dieser Richtung Abstand. Nur in einem prinzipiellen Punkte glaube ich ein Bedenken nicht unterdrücken zu dürfen — es ist die m. E. nicht ganz konsequente Stellungnahme des Buches zu den Vorarbeiten. Während den Motiven grundsätzlich die bindende Autorität abgesprochen wird, findet man sie doch an anderer Stelle einfach für maßgebend erklärt, obwohl das dadurch erzielte Ergebniß sich aus inneren Gründen als bedenklich erweist (S. 72).

Von den einzelnen Partien hat mir die Darstellung des Besitzrechtes ganz besonders zugesagt. Auch den Einzelausführungen stimme ich hier fast ausnahmslos vollauf zu, so wenn Verfasser die Rechtsnatur des Besitzes leugnet, S. 42, wenn er den mittelbaren Besitzer zur Eigenthumsklage passiv legitimirt sein läßt, S. 338. Hier ist der wortgewandte Verfasser auch in der Sprache schöpferisch, indem er das treffende Wort „Fremdbesitz" gegenüber Eigenbesitz prägt.

Besonderen Dank wird man es Dernburg schließlich noch wissen müssen, daß er gerade das Sachenrecht den Lesern zuerst zugänglich gemacht hat, nicht nur wegen seiner Schwierigkeit, sondern weil der geniale Lehrer des preußischen Rechts gerade für diese Gebiete ein schlechthin unersetzlicher Interpret ist.

Viel bescheidenere Ziele, als die bisher besprochenen, stellt sich eine Reihe kleinerer systematischer Arbeiten. Dahin gehört zunächst die bereits rüstig vorgeschrittene von Bendix.[32]) Sie umfaßt nicht nur das B. G. B., sondern das gesammte Privatrecht, also namentlich auch das Handels- und Konkursrecht. Daß das Buch wissenschaftlich erhebliche selbständige Bedeutung besitze, läßt sich nicht behaupten; es lag das auch gar nicht in der Absicht des Verfassers, der nur die „betheiligten Kreise, insbesondere den praktischen Juristen und den im Vorbereitungsdienst beschäftigten jüngeren Kollegen" ausführlich in das Studium des neuen Rechts einführen will. Dieser Absicht dürfte das Werk im Wesentlichen genügen; besonders wird es als Hülfsmittel für Referendarien, ähnlich wie Engelmann's bekanntes Buch über preußisches Recht, schätzenswerthe Dienste zu verrichten im Stande sein, während es für akademische Zwecke nach seiner ganzen Anlage weniger in Betracht kommt.

Allerdings sind mir verschiedene Bedenken aufgestoßen. Zunächst finde ich die Disposition mehrfach bedenklich; so wird bei Erörterung der Anfechtbarkeit

[32]) R.A. B. Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Systematisch dargestellt. Abth. I—III: Allgemeiner Theil, Recht der Schuldverhältnisse, Sachenrecht. Breslau, J. U. Kern's Verlag. 646 S. Preis zus. Mk. 12.

Digitized by Google

das ganze konkursmäßige Anfechtungsrecht dargestellt, das doch inhaltlich nichts mit dem allgemeinen Theil zu thun hat. Ferner ist, namentlich in Abtheilung I, der Ausdruck nicht immer vorsichtig genug erwogen. So identifizirt Bendix S. 21 die Fiktion mit der praesumtio iuris et de iure, S. 131 nennt er den Geschäftsirrthum „echten Irrthum", während doch nach der von Savigny begründeten Terminologie bekanntlich nicht jener, sondern der Irrthum im Motiv so genannt wird. Auf S. 139 Nr. II wird der Sinn von § 139 recht schief wiedergegeben, auf S. 151 die Anfechtungsbefugniß (statt -erklärung) als einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft bezeichnet.

Dem wissenschaftlichen Werthe thut es auch Abbruch, daß die historische Entwicklung der Rechtsinstitute fast gänzlich fehlt, die konstruktionellen Fragen meistens sehr kurz und wenig selbständig abgemacht sind. Ueber Probleme, wie die nach dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft, über die Konstruktion des Eintrittes des Erwerbers in die Rechte und Pflichten des Vermiethers findet sich nichts; die Definition des subjektiven Rechts S. 22 ist wenig glücklich; die einfach auf einer Reproduktion des landrechtlichen Sachbegriffes beruhende Begründung, daß der elektrische Strom Sache sei (S. 80), ist ungemein schwach. Der Besitzwille wird S. 521 kurzerhand als unnöthig bezeichnet; das Pfandrecht soll nach S. 630 allgemein — also auch das sogenannte Pfandrecht an Forderungen! — ein dingliches Recht sein.

Andererseits zeigt die Arbeit auch manche erfreulichen Vorzüge. Das Gegebene ist meist korrekt; die Darstellung ist gewandt, die Anordnung im Ganzen nicht ungeschickt und übersichtlich. Besonders die späteren Abtheilungen sind in manchen Partien recht gut gelungen, so z. B. in der Lehre von der Uebertragung der Forderungen S. 312—328, eine Darstellung, die durch reichhaltige Uebersichten über die Grenzen und Ausnahmen der Cessibilität ausgezeichnet ist. Auch die ständige Verweisung auf die bisherigen Kodifikationen und die ungemein reichhaltige Verwerthung der Judikatur, in der das Buch Vortreffliches leistet, verdienen volle Anerkennung.

Mit noch weniger Prätensionen tritt das Buch von Siméon[33]) auf. Es will wesentlich der Popularisirung des neuen Rechtes dienen, indem es den mittleren Beamten, vornämlich den Gerichtsschreiber, in einer seinen besonderen Bedürfnissen und seiner Vorbildung angepaßten Art in das neue Reichsrecht — nicht nur das B.G.B., sondern auch seine Nebengesetze, Handels-, Konkurs- und Civilprozeßrecht — einführen will. Daher fehlt durchweg der gelehrte Apparat — von kurzen Hinweisungen abgesehen, keine rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Angaben, keine Litteratur und Judikatur, nur knappe konstruktionelle und begriffliche Erörterungen. In dieser, für den Verfasser gewiß entsagungsvollen Beschränkung ist aber das Werk vortrefflich gelungen; Siméon hat es

[33]) LR. Dr. P. Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Ein Handbuch zur Einführung der Gerichtsbeamten in das B.G.B. und seine Nebengesetze. Lieferung 1—6. Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1898/99. Jede Lieferung 80 S. à M. 1.

Digitized by Google

in einer unumschränkten Lobes würdigen Weise verstanden, das neue Recht in klarer, durchweg korrekter Weise und vortrefflicher Sprache, auch dem Verständniß des juristisch nicht geschulten Lesers zugänglich zu machen. Gut gewählte Beispiele, herausgegriffen aus dem vollen Menschenleben, fördern die Erreichung des Zweckes wesentlich. Dabei zeigt das Buch trotz dieser populären Anlage so viel echt wissenschaftlichen Geist, daß ich mich bei der Lektüre nicht des Bedauerns erwehren konnte, warum der Verfasser seinen Fleiß, Scharfsinn und Darstellungsgabe nicht in den Dienst einer — die Gerichtsschreiber und ihre Bedürfnisse in Ehren — höheren Aufgabe gestellt hat. Ich fürchte, daß manche treffliche Bemerkung (so S. 107 über die Bestandtheile, S. 140—141 über den Wucher) bei der jetzigen Anlage der Arbeit nicht nach Gebühr beachtet werden wird.[34]) Vielleicht gestaltet Siméon dieselbe in den jedenfalls nöthig werdenden weiteren Auflagen entsprechend um. Zur Erreichung ihres ursprünglichen Zweckes scheint sie mir auch schon wegen des anscheinend recht erheblich werdenden Umfanges — bis zur Bürgschaft schon 480 Seiten! — nicht recht geeignet. Der Subalternbeamte braucht, wenn ich seine Bedürfnisse recht verstehe, neben dem rein mechanischen Handwerkszeug einen kürzeren Leitfaden zur Einführung ins neue Recht.

Ist das richtig, so dürfte das viel kürzer gehaltene Buch von Altsmann[35]) den gedachten Zweck vortrefflich erfüllen. Aus Vorträgen für Justizanwärter hervorgegangen, versteht diese Arbeit auf dem engsten Raume die wesentlichsten Sätze des B. G. B., gleichfalls unter Heranziehung vortrefflicher Beispiele, in einer auch dem Laien verständlichen Weise darzustellen. Einen selbständigen wissenschaftlichen Werth will und kann sie natürlich nicht beanspruchen, aber wem die Volksthümlichkeit unseres Rechtes Herzenssache ist, der wird dem Verfasser für die Schaffung eines solchen Volksbuches im besten Sinne des Wortes aufrichtigsten Dank wissen. Denn nicht nur für den Subalternbeamten, sondern auch und vielmehr noch für den eigentlichen Laien scheint mir das Schriftchen, mehr

[34]) In eine Polemik gegen einzelne Behauptungen Siméon's einzutreten, ist hier nicht angebracht. Bemerken will ich nur, daß mir die Ablehnung des Rechtsschutzes der Pseudonyme S. 62 nicht durchschlagend erscheint, ebensowenig die Leugnung der Beachtbarkeit des Rechtsirrthums S. 151, die Ablehnung einer bedingten Kündigung S. 175. Ob das befristete Forderungsrecht noch nicht existire, ist eine konstruktionelle Frage, die durch die Verweisungsvorschrift des § 163 nicht hat entschieden werden können und sollen (s. S. 181). Inkorrekt ist die Behauptung S. 205, eine chikanöse Rechtsausübungshandlung sei nichtig. Daß die Ueberlassung einer Wohnung gegen Verrichtung von Diensten als Portier gewöhnlicher Miethvertrag sei (S. 397), scheint mir sehr zweifelhaft, ebenso, daß der Mäkler zur Aufwendung von Bemühungen nicht verpflichtet sei, S. 438.

[35]) L.G.R. R. Altsmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Ein Lehrbuch für Gerichtsschreiber und Justizanwärter. Lieferung 1—2. Berlin, Carl Heymanns Verlag. Zusammen 264 S. Preis M. 2,60.

Digitized by Google

als irgend eine andere Erscheinung aus der bisherigen mir bekannt gewordenen Litteratur, geeignet und empfehlenswerth, gerade weil es sich von platten Trivialitäten fern hält. Immerhin bleibt der ursprünglichste und vornehmlichste Zweck des Buches ein didaktischer; zu seiner Erreichung dienen insbesondere auch die den einzelnen Abschnitten angehängten, meist geschickt formulirten Fragen zur Wiederholung und Selbstprüfung, die den Justizanwärtern (und vielleicht auch manchem Rechtskandidaten!) Gelegenheit darbieten, sich über ihr präsentes Wissen selbst Rechenschaft zu geben.

Die bisher erschienenen Hefte umfassen Buch 1—3 des Gesetzbuches.

Eine weitere populär gehaltene Darstellung des neuen Rechts, von Müller und Meikel, wird Raummangels halber erst in der nächster Rundschau besprochen werden.

Spezifisch akademischen Zwecken ist das Buch von Krückmann[36]) gewidmet, das nunmehr fertig vorliegt. Die Eigenart ist bereits früher (XIV, 359) eingehend gewürdigt, ebenso sind die gegen den Plan, Institutionen des B.G.B. der Hauptvorlesung voranzugehen zu lassen, sprechenden Bedenken hervorgehoben. Ich habe davon umsoweniger etwas zurückzunehmen, als mir der neue Lehrplan der Universitäten und die daraufhin eingetretene Gestaltung des akademischen Unterrichts bisher vollauf Recht gegeben haben dürfte.

Abgesehen davon ist das Buch Krückmann's auch im zweiten Theile eine tüchtige und erfreuliche Leistung, die sein Talent für eine leichte, faßliche und durch gute Beispiele gewürzte, dabei wissenschaftlich vertiefte Darstellung in helles Licht treten läßt. Darum ist dasselbe auch, wie Simson und Altsmann, nicht bloß für Juristen empfehlenswerth, sondern kann neben seinem Hauptzweck auch dem Laien, der sich dem Studium des vaterländischen Rechts ernsthaft widmen will, von Nutzen sein.

Für den gereifteren Juristen ist das Buch zwar nicht eigentlich geschrieben, bietet aber auch ihm manche interessante und fördernde Erörterung, so S. 284 ff. über kausale und abstrakte Geschäfte, S. 292 über die Erfordernisse der empfangsbedürftigen Willenserklärung unter Anwesenden, S. 477—478 über die Haftung mehrerer Erben.

Für sein System ist typisch, daß Krückmann die allgemeinen Theile, als die abstrakteren und daher schwierigeren Fragen enthaltend, überall an den Schluß bringt. Das gilt sowohl von den allgemeinen Lehren des Obligationen- und Sachenrechts, wie vom allgemeinen Theil des Gesammtsystems S. 513 ff. Uebrigens umfaßt dieser, da die Lehren von den Rechtsnormen und das Personenrecht bereits zu Eingang behandelt sind, im Wesentlichen die Verjährung und das materielle Prozeßrecht.

Eine weitere Gruppe von Darstellungen versucht das neue Recht vom Standpunkte des bisherigen aus zu erklären. Es handelt sich bei allen

---

[36]) Prof. Dr. P. Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1898. XXVI u. 560 S. nebst Figurentafel. Preis M. 10.

Digitized by Google

drei hierhergehörigen Arbeiten um Fortsetzungen bereits früher besprochener (s. XIV, 360 ff.):

a) Kuhlenbeck's umfassendes systematisches Werk, für das der rührige Verfasser sich neben seinem Kommentar die nöthige Muße abzuringen weiß, behandelt im zweiten Theil das gesammte Recht der Schuldverhältnisse.[37]) Es wurde schon hervorgehoben und wird durch den vorliegenden Theil bestätigt, daß das Werk kein eigentliches Lesebuch oder System darstellt, sondern mehr eine Reihe anregender Gedanken über das neue Recht in seiner allgemeinen Bedeutung und seinem Verhältniß zum gemeinen Recht. Durch diese Anlage ist Verfasser in der Lage, in Auswahl und Reihenfolge des Gebotenen dem subjektiven Ermessen freien Spielraum zu lassen und den mit einer eigentlichen Systematik leicht verbundenen trockenen Ton zu vermeiden. Wer eine genußreiche Einführung in das B.G.B. als Kenner der bisherigen wissenschaftlichen Probleme sucht, wird bei Kuhlenbeck reichliche Ausbeute finden, dagegen ist sein Buch zur unmittelbar verwendbaren Belehrung über positive Einzelbestimmungen weniger geeignet.

Das Gebotene ist meist korrekt und beifallswürdig, doch fehlt es auch nicht an den Zweifel oder Widerspruch wachrufenden Bemerkungen. So, wenn Verfasser die Naturalschuld mit der auf einer sittlichen oder Anstandspflicht beruhenden Verbindlichkeit identifizirt, S. 9; wenn er — freilich mit der herrschenden Richtung — das Vermögensinteresse als Erforderniß der Obligation ablehnt, S. 15. Das Beispiel das. No. 2 schlägt nicht durch, wofern man nur im Sinne von Hellwig, Gierke und anderen das Vermögensinteresse entsprechend liberal auffaßt. Unrichtig ist die Behauptung, die Stipulation habe sich immer auf certa pecunia bezogen, S. 37; bedenklich die trotz Crome's Widerlegung beibehaltene Ansicht von der Dinglichkeit der Miethe, S. 396.

In den, sonst in rühmenswerther Weise reichhaltigen, Litteraturangaben finden sich bisweilen Willkürlichkeiten, so fehlt bei der Besprechung des Problems der Haftung ohne Verschulden die doch hier an allererster Stelle zu nennende Schrift von Unger, „Handeln auf eigene Gefahr".

b) Auch Engelmann[38]) ist mit den erschienenen drei weiteren Heften seines Buches der Vollendung des Obligationenrechts ganz nahe gekommen. Die Darstellung ist nach wie vor klar und korrekt; in der Berücksichtigung der Judikatur und Litteratur hält Engelmann die für seine Zwecke richtige Mitte zwischen der streng wissenschaftlichen und den populären bezw. didaktischen Werken. Selbständige wissenschaftliche Untersuchungen darf man natürlich in dem Buche

[37]) R.A. Dr. L. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung zum Studium des bürgerlichen Rechts. Theil II, erste Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1899. 382 S. Preis M. 7.

[38]) O.L.G.R. A. Engelmann, Das alte und das neue Bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts. Heft 2—4. Berlin, J. J. Heines Verlag, 1895. S. 161—432. Preis M. 4,50 zus.

Digitized by Google

nicht suchen, aber die Funktion eines besseren, die Ergebnisse der modernen Wissenschaft in sich aufnehmenden Repetitoriums dürfte es in überall befriedigender Weise erfüllen.

Nur Einzelnes bedarf der Revision oder Ergänzung. So ist das S. 178 über die so wichtige Materie des Geldes Gesagte recht schwach und unvollständig. Unrichtig ist angesichts § 847 die Behauptung (S. 185), dem B.G.B. sei das gemeinrechtliche Schmerzensgeld fremd; ferner die, allerdings der landrechtlichen Auffassung entsprechende, die exceptio non adimpleti contractus sei nicht Einrede, sondern Bestreitung des Klaganspruchs (S. 217, dagegen mein Kommentar zu § 320 Nr. 1). Die Bemerkung S. 292, es könne die aus einem anderen Grunde geschuldete Summe durch Novation in eine Darlehensschuld verwandelt werden, verkennt das Wesen des in der Regel abstrakten, höchstens auf die alte causa Bezug nehmende novatorischen Versprechens. Auch mit der Behauptung S. 309, das depositum irregulare sei nach B.G.B. Darlehen, kann ich mich nicht befreunden.

Doch das sind alles diskutable Punkte, die ich nur hervorhebe, um zu zeigen, daß ich die geschickt gehaltene Arbeit mit Interesse gelesen habe.

c) Die Arbeit der Berliner Anwälte Goldmann und Lilienthal[39]) nimmt, wie früher (XIV, 363) schon hervorgehoben wurde, das Landrecht nicht nur zum Ausgangspunkt, sondern folgt auch dessen System. Jemehr dieselbe fortschreitet, desto mehr steigen mir — und nicht nur mir allein — an der Zweckmäßigkeit dieser Methode Zweifel auf; sie zerreißt oft das nach moderner Anschauung und speziell im Sinne des neuen Rechts Zusammengehörige und erschwert die Uebersichtlichkeit. Diese Mängel mögen sich mit der Fertigstellung des Buches bessern — ganz heben lassen sie sich auf keinen Fall.

Ich empfinde dieses Bedenken um so lebhafter, als ich im Uebrigen das von Goldmann-Lilienthal Gebotene für recht werthvoll und ihre Bearbeitung für eine der wissenschaftlich höchststehenden der bisherigen Litteratur halte. Auch da, und das ist durchaus nicht selten der Fall, wo ich den Ausführungen des Verfassers nicht zu folgen vermag, finde ich darin ein hohes Maß von Scharfsinn und förderlicher anregender Kraft. Das stete Eingehen auf Litteratur und Judikatur, die immer beachtenswerthe und vielfach überzeugende Polemik gegen Andere (wie Cosack, Endemann, Planck) helfen vollends dazu, die Ansprüche des Werkes auf allseitige Beachtung zu sichern.

Als eine der besten Partien, sehr umfassend und in den Resultaten fast durchweg beifallswerth, erscheint mir die Darstellung des Schadensersatzrechts, S. 184—228. Dagegen fordert diejenige des Besitzes in manchen Punkten den Widerspruch heraus, so in der Leugnung eines (unterschiedslos nothwendigen) Besitzwillens, S. 228, und der daraus folgenden Identifizirung von Gewahrsam und Besitz. Von anderen bedenklichen Behauptungen hebe ich hervor, daß sich

[39]) R.A. E. Goldmann und L. Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Systematisch dargestellt nach der Legalordnung des allgemeinen Landrechts. Heft 2—4. Berlin, J. J. Heines Verlag, 1898—1899. S. 177—448.

Digitized by Google

die Anwendbarkeit der §§ 978 ff. auf den Fall beschränken soll, daß die gefundene Sache gerade den Gegenstand des Transportvertrages gebildet habe (S. 293 No. 6). Für falsch und vom praktischen Standpunkte geradezu widersinnig halte ich die (auch bei Hachenburg auftretende) Behauptung, daß, wenn einer der mehreren Erben des erstberufenen, vor Ablauf der Ausschlagungsfrist verstorbenen Erben gemäß § 1952[1] den auf ihn fallenden Antheil der ersten Erbschaft ausschlägt, derselbe nicht den anderen Erben des ersten Erben, sondern denjenigen des ersten Erblassers zuwachsen soll, S. 319 No. 5. Siehe dagegen meine Bem. XIV, 366. § 1953 fordert solche Entscheidung nicht, und die vermuthliche Absicht des ausschlagenden Theilerben — der in der Regel seinen ihm näher stehenden Miterben durch die Ausschlagung eine Zuwendung machen will, nicht den ihm ferneren Miterben seines Erblassers — steht dazu in krassem Widerspruch. Der Erbtheil des Ausschlagenden fällt auch hier demjenigen zu, der ohne ihn zu diesem Theil berufen gewesen wäre, und das sind seine Miterben, nicht die seines Erblassers.

Sehr glücklich ist wiederum die Polemik gegen Fischer-Henle zu § 211, S. 423 No. 1.

Eine weitere Gruppe von Schriften besteht aus den von zahlreichen Rechtslehrern und Praktikern in den verschiedensten Orten gehaltenen und nachher vielfach in Druck gegebenen Vorträgen. Von den von Eck in Berlin bekanntlich mit so großem Beifall unternommenen ist leider erst die erste Lieferung erschienen,[40]) und zwar sofort in zweiter Auflage, da die erste ausschließlich dem Berliner Anwaltsverein für die Theilnehmer des Kursus zur Verfügung gestellt worden ist. Wie das bei einem Meister der Vortragskunst wie Eck nicht anders zu erwarten, ist das Gebotene vortrefflich, sowohl in formeller wie in sachlicher Beziehung; die Darstellung ist kurz, präzis und doch vollständig, sie beruht auf einer seltenen Beherrschung wie des gemeinen Rechts, so auch des B.G.B. nebst seiner Entstehungsgeschichte und neuen Litteratur. Die Durcharbeitung ist die denkbar sorgfältigste, das Urtheil steht bei aller gewissenhaften Beachtung des gesetzgeberischen Wortes demselben doch in der gebührenden wissenschaftlichen Freiheit gegenüber. So dürfte die Arbeit, wenn vollendet, eine der wichtigsten Erscheinungen der neuen Litteratur werden; ich will die Hoffnung nicht unterdrücken, daß sie in künftigen Auflagen zu einem eigentlichen Lesebuch auswachsen möge.

Aus dem vielen Bedeutsamen sei hier nur hingewiesen auf die Erörterungen über das Gewohnheitsrecht, S. 21 ff., mit wohlbegründeter Polemik gegen die extreme Lehre Golack's, wonach selbst das partikulare Gewohnheitsrecht dem Reichsgesetzesrecht gegenüber derogatorische Kraft haben soll. Sehr ausgiebig und beachtenswerth ist die Darstellung des Vermögensrechtes; ich weise hin auf die Abgrenzung der wirthschaftlichen von den idealen Vereinen,

---

[40]) Geh.-R. Prof. Dr. E. Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Lieferung 1. Zweite unveränderte Ausgabe. Berlin, Guttentag, 1898. 128 S. Preis M. 2,50.

Digitized by Google

S. 54; auf die Darstellung des Verhältnisses von Auflösung des Vereins und Entziehung der Rechtsfähigkeit, S. 68; auf die Bekämpfung der Planck'schen Lehre, wonach die Vertretungsmacht des Vorstandes eines nicht rechtsfähigen Vereins auf die Haftbarmachung der Mitglieder nur mit dem Vereinsvermögen beschränkbar sein soll, S. 68, ein Punkt, in dem ich meinem verehrten Lehrer allerdings nicht unbedingt folgen kann. — Mit guten Gründen wird S. 106 dargethan, daß auch solche Gebäude und Werke auf einem Grundstück, die nicht den Charakter von Bestandtheilen desselben haben, in allen Beziehungen als Immobilien gelten müssen, „bei denen der Mangel des Grundbuchs nicht hindernd im Wege steht".

Erheblich weiter ist der kombinirte Vortragscyklus von Enneccerus und Lehmann im Druck vorgeschritten;[1]) das Erschienene erledigt den allgemeinen Theil bis zur Vollmacht und das Sachenrecht, von dem noch Fehlenden bearbeitet Enneccerus den Rest des ersten und das zweite, Lehmann das vierte und fünfte Buch.

Was zunächst die Arbeit von Enneccerus anlangt, so zeigt sie nicht nur die schon bei ihrer Provenienz aus Vorträgen naheliegende Flüssigkeit und Verständlichkeit der Darstellung, sondern auch einen über das Durchschnittsmaß derartiger Vorträge hinausgehenden Inhalt. Vielfach findet sich zu den aufgetauchten Spezialfragen des allgemeinen Theiles eine selbständige Stellungnahme, insbesondere selbst Planck gegenüber, sodaß das Buch auch für den im Studium des neuen Rechts Vorgeschrittenen viel Förderliches bietet.

In der Einleitung verdient besondere Beachtung der gegen Endemann gerichtete Nachweis, daß der Umfang dessen, was zum „Privatrecht" gehört, aus dem respektiven Landrecht zu gewinnen sei; des Weiteren die Erörterung über die Tragweite der landesrechtlichen Vorbehalte im E.G. S. 16; die Untersuchung über die Grundlage des internationalen Privatrechts S. 30 ff., die vielfach, aber nicht überall, Zitelmann's Spuren folgt.

Im Allgemeinen Teil (S. 42 ff.) wird zutreffend dargelegt, daß der nasciturus noch kein Rechtssubjekt sei. Sehr anerkennenswerth sind die Untersuchungen S. 169 ff. darüber, wann eine Erklärung als „abgegeben" gelten könne, ferner die Ausführungen S. 197 gegen Planck, wonach das Kontrahiren des Vertreters mit sich nicht schlechthin nichtig ist, sondern durch Genehmigung gültig werden kann. Auch in Bezug auf das Wesen der Vollmacht, deren Ertheilung Endemann stets für einen abstrakten Akt erachtet, wird Planck's Lehre einer fördernden Revision unterzogen.

Die dem Buche von Endemann nachgerühmten Vorzüge finden sich auch in dem von Lehmann fast durchgängig vereint; es muß das um so eher fest-

[1]) Das Bürgerliche Recht. Eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Prof. L. Enneccerus und H. O. Lehmann. Erster Band. Lieferung 1: Einleitung, Allgemeiner Theil I von Enneccerus. Marburg, Elwert. VIII u. 215 S. Preis Mk. 4. Zweiter Band, Lief. 1: Sachenrecht von Lehmann. Ebenda. VIII u. 237 S. Preis M. 4,40.

Digitized by Google

gestellt werden, als eine andere Besprechung sich neuestens an denselben mit wenig Grund herumzumäkeln gemüssigt gesehen hat.

Der Verfasser versteht es, den Leser in kurzer und doch echt wissenschaftlicher Weise in die schwierigen Probleme des neuen Rechts einzuführen. Die historischen Anknüpfungen sind natürlich nur knapp, fehlen aber nicht. Als besonders interessant möchte ich erwähnen die Ausführungen über den Ueberbau, S. 67—68; über die Natur des Erwerbes des gutgläubigen Besitzers, S. 78, das vom Verfasser schon als subjektives Recht prädizirte Fruchtziehungsrecht, S. 93, über die Rechtsfolgen des Mobiliarpfandverkaufs, S. 217—219.

Viel mehr, als die bisher erwähnten, hat die Weyl'sche Publikation[42]) den Charakter des Vortragsmäßigen bewahrt; es geht das so weit, daß sie die Leser mit „meine sehr geehrten Herren" anredet. Damit sind gegeben die dem Vortrag eigene Frische der Darstellung, die Reichhaltigkeit der Beispiele, andererseits die Sparsamkeit der Citate und das knappe Eingehen auf Kontroversen — Punkte, in denen freilich die hernach beigefügten Anmerkungen das Nöthigste ergänzt haben. Am interessantesten sind die §§ 1—12, in denen in recht ansprechender Weise auf die das neue Recht beherrschenden Grundprinzipien und seine Entstehungsgeschichte eingegangen wird, sowie einzelne Partien aus dem Allgemeinen Theil, so die Erörterungen über den Stand S. 138 ff.

Im Uebrigen ist die Darstellung zwar gewandt und, wenn auch nicht frei von einzelnen Versehen, so doch im Ganzen sorgfältig, bietet aber für den im Studium des B.G.B. Vorgeschrittenen gegenüber den Lehrbüchern und den früher besprochenen Vorlesungen im Ganzen nicht sehr viel Neues, zumal Verfasser seine Ansichten öfters mehr, als wünschenswerth gewesen wäre, zurücktreten läßt, so in der Frage nach dem Rechtsschutz der Pseudonyme, S. 124, wo er einfach den status controversiae feststellt. Dagegen als erste Einführung für den Praktiker und jüngeren Juristen dürfte die Arbeit wohl geeignet sein.

In einem Punkt muß ich dem Verfasser prinzipiellen und entschiedenen Widerspruch entgegensetzen — in seiner extrem germanistischen Unterschätzung des Anteils, den das römische Recht und seine Wissenschaft am neuen Recht haben soll. Wie man z. B. (S. 56) behaupten kann, daß der allgemeine Theil des Obligationenrechts „deutsch oder doch wenigstens unrömisch sei", ist mir schlechthin unverständlich; selbst der abschwächende Zusatz: „soweit er sich an handelsrechtliche Vorbilder anschließt", macht die Behauptung nicht annehmbarer — als ob das römische Recht und seine Fortbildung durch die spätmittelalterliche Praxis einer-, die moderne Wissenschaft (ich erinnere nur an den „Romanisten" Goldschmidt!) andererseits nicht auf die Entwicklung des Handelsrechts von entscheidendem Einfluß gewesen wäre! Auch das gelassen ausgesprochene Wort „deutschrechtlich ist das Sachenrecht", enthält eine nicht unerhebliche Uebertreibung.

[42]) Priv.-Doz. (jetzt Prof.) Dr. Richard Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker. Bd. I: Einleitung; Allgemeiner Theil, Recht der Schuldverhältnisse. München, Beck, 1898. XIII u. 532 S. Preis M. 8 gebunden.

Digitized by Google

Die Erörterungen ferner über das Konzessionsprinzip und das Prinzip der freien Vereinsbildung mit ihrer Empfehlung des ersteren (S. 162) kann ich mir in ihrer wenig freiheitlichen Tendenz nicht aneignen; sie wundern mich am meisten im Munde eines Germanisten, der dem Meister Gierke in gebührender Bewunderung sein Buch gewidmet hat. Der gleichen Grundanschauung dürfte die Zuweisung der Gewerkvereine unter die dem behördlichen Einspruchsrecht unterliegende Klasse der sozialpolitischen Vereine entsprungen sein, S. 165 — es wäre wünschenswerth gewesen, auf die Gegengründe eines Eck und Planck einzugehen, anstatt die eigene Behauptung wie eine feststehende Thatsache einfach vorzutragen.

Auch gegenüber Einzelheiten regt sich manchmal der Widerspruch, so wenn S. 328 dem Beschädigten auferlegt wird, die Ansprüche an eine Versicherungsgesellschaft dem Ersatzpflichtigen abzutreten. Denn § 255 redet von solchen vertragsmäßigen, sondern nur von den dem Beschädigten auf Grund seines Eigenthums gegen Dritte zustehenden Ansprüchen. — Zur Befreiung des Gemusschuldners im Sinne von § 279 kommt es nicht darauf an, daß „die ganze Gattung ausgestorben ist" (so Weyl S. 337), sondern daß die Leistung daraus nicht mehr möglich ist. Beides ist mit nichten identisch, siehe meinen Kommentar zu § 279.

Doch das sind Punkte, die, wenn auch nicht unerheblich, doch nicht geeignet sind, den Genuß an der Lektüre des anregenden Buches im Ganzen zu beeinträchtigen.

---

b) Allgemeiner Theil.

Eine Gesammtdarstellung des Inhaltes von Buch I durch v. d. Pfordten[43]) „soll vor allem dazu anregen, das Gesetz aus sich selbst heraus kennen zu lernen, und demjenigen dienen, der sich nicht die Zeit nehmen kann, es in seiner historischen Entwicklung und seinem Zusammenhang mit der Vergangenheit zu betrachten". Es läßt sich darüber streiten, ob eine solche bequeme Ablehnung der genetischen Betrachtungsweise bei einem umfassend angelegten Buche, das wissenschaftliche Prätensionen erhebt, statthaft sei — jedenfalls zeigt der Inhalt dieser und der vorigen Rundschau, daß Verfasser im Irrthum ist, wenn er mit seiner Methode von der sonstigen Litteratur abzuweichen meint. Ich bezweifle, ob neben und nach so vielen anderen ähnlichen, zum Theil werthvolleren Arbeiten, für das Buch des Verfassers noch erhebliches Bedürfniß bestand. Durch ein Moment ist es allerdings von allen anderen verschieden — durch die völlige Ignorirung der bisher erschienenen anderweiten Litteratur; aber solchen souveränen Subjektivismus wird man schwerlich als Vorzug anzusehen gewillt sein.

Damit soll nicht geleugnet werden, daß das Buch manches Beifallswerthe und Originelle bringt. Dies wird sogar durch den vom Verfasser eingeschlagenen

---

[43]) Th. v. d. Pfordten-Nürnberg, Das neue deutsche Civilrecht in Einzeldarstellungen. — Allgemeiner Theil. Fürth, Rosenberg, 1898. X und 196 S. Preis Mk. 3,15.

Digitized by Google

eigenen Weg besonders nahegelegt. Aber andererseits ist er der damit verbundenen Gefahr, auf seltsame und abwegige Bahnen zu kommen, nicht immer entgangen. So behauptet er S. 12, daß mit der Anfechtung der neuen Ehe wegen Rückkehr des zu Unrecht für todt erklärten Gatten, §§ 1352 ff., die alte nicht wieder auflebe, weil — „es dem anfechtenden Gatten unter Umständen sehr wenig sympathisch erscheinen würde, wenn er sich mit der Lösung der einen Ehe plötzlich in einer anderen befände" (!!).

Seite 142 wird allen Ernstes behauptet, es gebe keine objektive Ungewißheit, oder wie Verfasser sich drastischer auszudrücken beliebt, von solcher zu reden sei „Unsinn". Und doch beruht, um von Anderem zu schweigen, auf diesem Begriff die ganze Lehre von der Bedingung, namentlich auch die Abgrenzung der wahren Bedingung von der condicio in praesens vel in praeteritum collata. — Auf S. 179 wird gelehrt, ein wegen Verjährung den Klageanspruch abweisendes Urtheil könne nie materielle Rechtskraft erlangen, denn es bleibe zweifelhaft, ob sich Beklagter auf die Verjährung berufen wolle. Aber er muß dies doch schon gethan haben, damit es zur Klageabweisung aus solchem Grunde kommen konnte!

Die Bedeutung des partikularen Gewohnheitsrechts gegenüber dem neuen Reichsrecht ist in zwei Zeitschriftenaufsätzen monographisch bearbeitet, von Krückmann und Crome.[44]) Während jener ihm die Kraft beimißt, zwar nicht zwingende, aber doch dispositive Rechtssätze des B.G.B. abzuändern und aufzuheben, wird von Crome diese und die ähnliche Cosack'sche Lehre mit durchschlagenden Gründen bekämpft. Sie ist nicht nur begrifflich bedenklich, sondern vor allem auch wegen ihrer großen sozialen und politischen Gefährlichkeit; endlich verstößt sie gegen Art. 2 der Reichsverfassung in Verbindung mit Art. 55 des E.G. zum B.G.B.

Uebrigens giebt Crome die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts im Allgemeinen ausdrücklich zu, S. 332, tritt also nicht auf die Seite seiner modernen positivistischen Verächter.

Aus dem Personenrecht liegen zwei Erstlingsschriften vor. In der einen befaßt sich Manes[45]) mit der in jüngster Zeit (s. auch nunmehr diese Zeitschrift oben S. 320 ff.) mehrfach behandelten Frage nach dem Rechtsschutze der Pseudonyme. Verfasser sieht im Pseudonym ein, schon durch einmaligen Gebrauch entstandenes (S. 40), Individualrecht. Er verfolgt dessen Bedeutung auf den Gebieten des öffentlichen Rechts, wo sie allerdings nur unerheblich ist, Privat- und namentlich Urheberrechts. Daß es auch des Schutzes aus § 12 B.G.B. theilhaftig sei, wird gegenüber Planck mit guten Gründen bewiesen. De lege

[44]) Prof. Dr. P. Krückmann, Das Gewohnheitsrecht und das B.G.B., Ihering's Jahrbücher, Bd. 38 S., 191—230. — Prof. Dr. C. Crome, Partikuläres Gewohnheitsrecht. Das. Bd. 39 S. 323—389.

[45]) Dr. Alfred Manes, Das Recht des Pseudonyms unter besonderer Beachtung des B.G.B. und ausländischen Rechts. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht. 89 S. Preis M. 1,60.

Digitized by Google

ferenda verlangt Verfasser weitere strafrechtliche Bestimmungen und Vererblichkeit des Schutzes. — Die nicht über das Niveau einer besseren Dissertation hinaus bedeutende, aber interessant und anregend geschriebene Arbeit verdient durchaus Anerkennung.

In einer kurzen, die bisherige Litteratur, Judikatur und partikulare Gesetzgebung gewissenhaft berücksichtigenden Studie trägt Schück[46]) die Gründe der Auflösung der Körperschaften nach dem Rechte des B.G.B. vor. Wesentlich neue Ergebnisse bringt die sauber geschriebene Arbeit freilich nicht.

Puschmann[47]) giebt eine kurze, populär gehaltene Darstellung des Vereins- und Gesellschaftsrechts. Es sind darin die betreffenden Normen des B.G.B. und H.G.B. sowie der sonstigen Reichsgesetze (Gewerbeordnung, Str.G.B. u. s. w.) mitgetheilt. Die Darstellung ist verschieden; in Theil I (B.G.B.) giebt Verfasser eine eigene kurze Darstellung mit Anmerkungen, in Theil II nur den Gesetzestext, hier und da durch eine kurze Anmerkung erläutert. Ein genügender Grund für diese Methode ist schwer erfindlich.

Im Uebrigen ist eine derartige Zusammenstellung für den Laien, dem sie das sonst mit Mühe zusammenzuholende Material in einem knappen Heftchen vereinigt, ganz dankenswerth.

Ungleich bedeutender als die letzterwähnten Arbeiten ist die gedankenreiche und wissenschaftlich werthvolle Abhandlung von Isay[48]) über die Willenserklärung. Er verwirft sowohl die Willenstheorie, weil es auf den Willen als solchen im Rechtsverkehr nicht ankommen dürfe, wie die Erklärungstheorie, weil sie in mechanisch-äußerlicher Weise nur auf das Wort sieht, und findet demgegenüber die Wahrheit in der von Hartmann und Regelsberger eingeschlagenen mittleren Richtung. Maßgebend ist der Gesammtthatbestand des Verhaltens des Kontrahenten, und Willenserklärung ist das Verhalten, „welches nach der Erfahrung des Verkehrs unter Würdigung aller Umstände regelmäßig den Schluß auf einen bestimmten Willen gestattet," S. 12—13, 23. Dazu muß freilich ein subjektives Moment hinzukommen, aber das ist kein Wille, kein Begehren eines Erfolges. „Es genügt vielmehr, daß der Handelnde sich dessen bewußt ist, aus seinem Verhalten werde der Schluß auf seinen Willen gezogen werden", s. S. 25.

Bei dieser Theorie ist natürlich für den vielbestrittenen und noch immer nicht geklärten Gegensatz zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen kein Platz mehr, S. 39.

Obwohl bislang ein Anhänger der Willenstheorie, gebe ich doch gern zu, daß die Lehre des Verfassers viel Anmuthendes und Bestechendes hat. Nur

[46]) Ref. O. Schück, Die Auflösung der Körperschaft nach dem B.G.B. Göttinger Dissertation von 1898. 51 S.

[47]) Dr. Puschmann, Das deutsche Vereins- und Gesellschaftswesen. Ein Hand- und Nachschlagebuch. Dessau, Kahle. 272 S. Preis geb. M. 2,50.

[48]) Ref. Dr. Herm. Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem B.G.B. Aus Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß (II, 2). Jena, Fischer, 1899. 109 S. Preis M. 3.

Digitized by Google

muß ich ernstlich bezweifeln, daß sie auch den einschlägigen Bestimmungen des B. G.B. zu Grunde liege; in dieser Beziehung ist dem Verfasser sein Beweis schwerlich gelungen.

Von den weiteren Untersuchungen in der Arbeit hebe ich noch hervor die über die sogenannten empfangsbedürftigen Erklärungen, S. 48 ff., über die Protestation, die Eventualzahlung — die Gläubiger anzunehmen nicht verpflichtet ist, S. 75, die Erfordernisse des Empfanges der Erklärung durch den Adressaten, S. 84 ff. Dieser braucht dabei nach Isay nicht voll geschäftsfähig zu sein.

Mit der Lehre vom Vertragsschluß hat es auch Neumond[49]) in seiner Studie über den Automaten zu thun. Verfasser vertheidigt zwar mit Sohm die Offerte ad incertam personam, leugnet indeß gegen Biermann die Möglichkeit einer Offerte ans Publikum. Indem er aber den Kreis der erstgenannten Klasse erheblich erweitert und namentlich auch hinsichtlich des Inhalts des Automaten an Speisen u. s. w. eine solche Traditionsofferte — „an denjenigen, welcher jedesmal zuerst durch Abgabe des entsprechenden Geldes die vom Offerenten gewollte Annahmehandlung vollzieht" — annimmt, kommt er im praktischen Ergebniß der von ihm bekämpften Lehre recht nahe. Damit verschwinden unleugbar die praktischen Bedenken, die sonst Neumond's Theorie entgegenstehen würden.

Mit seiner früheren Schrift über die Auslegung der Rechtsgeschäfte berührt sich inhaltlich eine warmempfundene, höchst beachtenswerthe Abhandlung von Danz.[50]) Verfasser stimmt darin ein in den allerdings auch schon früher manchmal vernommenen Protest gegen die Ueberschätzung des reinen logischen Momentes in der Rechtsprechung und die damit meist Hand in Hand gehende Unterschätzung des „gesunden Menschenverstandes". Als gesetzliche Stütze dafür weiß Verfasser zutreffend die „berühmten" §§ 157 und 242 B. G.B. zu verwerthen, die vom Richter die Anerkennung dessen, was die Sitte des Lebens erheischt, geradezu erfordern und eine Korrektur der einzelnen, in ihrer Isolirung manchmal allzu scharf klingenden Sätze des B. G.B. darbieten sollen. „Wird diesen Vorschriften entsprechend verfahren, so wird also das Ideal aller Rechtsprechung erreicht, daß diese sich in Harmonie befindet mit dem Rechtsgefühl des Volkes," S. 483.

Nicht unbedenklich ist dagegen die weitere These von Danz, daß die Anforderungen der Verkehrssitte geradezu Recht — Gewohnheitsrecht theils ergänzenden, theils auslegenden Inhalts — darstellen, S. 398, 437. Dagegen spricht doch, von Anderem abgesehen, die inhaltliche Unbestimmtheit und mangelnde Allgemeinheit des Inhalts, nicht minder auch die dadurch heraufbeschworene Gefahr einer argen, der eben errungenen Einheit abträglichen

[49]) Dr. H. Neumond, Der Automat. Ein Beitrag zur Lehre über die Vertragsofferte. Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 89 S. 166—196.

[50]) Prof. O.L.G.R. Dr. E. Danz, Laienverstand und Rechtsprechung (§§ 157, 242 B. G.B.). Ihering's Jahrbücher Bd. 38 S. 373—500.

Digitized by Google

Rechtszersplitterung. Siehe nunmehr auch über den „unüberbrückbaren Gegensatz zwischen Geschäftsgebrauch und Gewohnheitsrecht" Crome in der oben besprochenen Abhandlung S. 463 ff.

Friedemann[51]) giebt in einer kurzen, etwas pompös betitelten Skizze eine Darstellung des Rechts der Selbsthülfe. Die kleine Schrift ist klar geschrieben, bietet aber in ihrer aphoristischen Knappheit kaum Neues und ist auch für die Dogmatik des B.G.B. ohne Belang.

Ein von ihm in einer schlesischen Bergsache angefertigtes Gutachten giebt O. Fischer[52]) Gelegenheit zu interessanten und wertvollen Bemerkungen über das reizvolle Problem der subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Er will sie mit Recht möglichst eng gesteckt wissen, denn „es gäbe keine größere Ungerechtigkeit, als Dritten zuzumuthen, das Ergebniß eines durch mangelhafte Prozeßführung Anderer unrichtig entschiedenen Prozesses auch für sich anzuerkennen, auch für sich Unrecht an die Stelle des Rechts setzen zu lassen, obwohl sie in der Lage sind, ihr Recht nachzuweisen", S. 12. Demgegenüber erscheint selbst die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen als das kleinere Uebel.

Das bedeutet auf den vorliegenden Fall angewendet: die Erstreckung eines privaten Bergregals gegenüber dem Fiskus macht nicht Rechtskraft gegenüber den Privaten, die ein (regalfreies) Bergrecht für das fragliche Gelände beanspruchen. Dies um so weniger, da ihr etwaiges Recht gar nicht vom Fiskus abgeleitet ist, S. 74, 77, 85. Das wird des Weiteren durch Erörterung der einschlägigen landrechtlichen Bestimmungen unterstützt.

d) Recht der Schuldverhältnisse.

Das an wichtigen Problemen so reiche Recht des Schadensersatzes wird von mehreren Erstlingsschriften in Angriff genommen. Eichhoff[53]) behandelt in lichtvoller und anerkennenswerther Weise die lange zu sehr vernachlässigte Lehre von der compensatio lucri cum damno (s. auch XIV, 348), oder richtiger einen Theil daraus. Denn er sondert aus dem dahin gehörigen Gebiet zwei Gruppen: a) Vortheile, die durch die schädigende Thatsache bedingt sind. b) Vortheile, die nicht durch die schädigende Thatsache bedingt sind, vielmehr in einer Handlung des zum Schadensersatz Verpflichteten ihren Ursprung haben, die von der schädigenden Thatsache durchaus unabhängig ist.

Nur die letztere Art, die eigentliche compensatio lucri, wird in der Schrift dargestellt, nicht die „Vortheilsimputation" der ersteren. Jene tritt nur

[51]) Ref. Dr. Adolf Friedemann, Die Selbsthülfe in rechtshistorisch-dogmatischer Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des römischen Rechts. Berlin, Prager, 1898. 34 S. Preis M. 1.

[52]) O. Fischer, Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Ein Festesgruß zum Doktorjubiläum E. J. Bekker's. Jena, Fischer, 1899. 98 S. (Separat-Abdruck aus Jhering's Jahrbücher 40 S. 151—248.)

[53]) Ref. E. Eichhoff, Ueber die compensatio lucri cum damno. Kieler Dissertation von 1896. Elberfeld, Baedeker, 1898. 104 S.

Digitized by Google

singulär ein; die wenigen Quellenstellen, die sie zulassen, zeigen als gemeinsame Voraussetzung, daß einmal den Verpflichteten keine oder nur eine geringe Schuld trifft, daß zum anderen seine gewinnbringende und schädigende Handlung in einer gewissen Verbindung mit einander stehen müssen, veranlaßt durch dasselbe zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß, „welches den Schädiger verbindet, eine Reihe von einzelnen Handlungen nach seinem pflichtgemäßen Ermessen für den Geschädigten vorzunehmen", S. 17. (S. dazu nunmehr auch Pernice, Parerga VIII S. 60). Aus diesem Grunde erklärt sich nach Eichhoff namentlich die in der berühmten l. 10(11) D. 3, 5 zugelassene Kompensation. Auch sonst enthält die Arbeit eine Reihe werthvoller Interpretationen, so der ll. 7 § 6 und 16 D. 26, 7.

Die erfreuliche Arbeit erweckt den lebhaften Wunsch, daß ihr noch weitere aus der Feder des Verfassers folgen mögen.

Aehnliches Lob verdient eine weitere Erstlingsschrift von Nußbaum.[54]) Zwar ihr erster Theil, der das bisherige Recht darstellt und dabei mit m. E. nicht überzeugenden Gründen die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen für das römische Recht ablehnt, ist weniger bedeutend, dagegen bietet die Darstellung des B. G.B., S. 43 ff., neue und beachtenswerthe Gesichtspunkte. Ich hebe hervor die geistreiche, wenn auch schwerlich überzeugende Untersuchung S. 52 ff. über den Begriff der Verbindlichkeit. Da, wo jemand nur in Ausübung eines Rechtes als Korrelat eine gewisse Sorgfalt anzuwenden hat (z. B. als Miether, Entleiher), soll keine „echte Verbindlichkeit" vorhanden und darum auch § 278 unanwendbar sein. Aber wenn auch der Miether nicht primo loco eine Aufbewahrungs-, Instandhaltungspflicht u. s. w. hat, so trifft ihn doch solche als Korrelat seines Rechts, und sofern er dies ausübt, übernimmt er dabei auch in unzertrennlicher Verbindung derartige Pflichten, die von anderen Verbindlichkeiten so scharf zu sondern kein Anlaß vorliegt.

Beachtenswerth ist die Abgrenzung der unter § 278 fallenden Hülfspersonen: wer bloß eine Bedingung der Schulderfüllung verwirklicht, gehört nicht dazu, sondern nur, wer an der Realisirung des Enderfolgs unmittelbar Antheil nimmt, S. 67; ferner die m. E. zutreffende Bekämpfung der den § 278 allzuweit ausdehnenden Lehre von M. Rümelin, S. 73, endlich die kaum überzeugende Ausführung S. 88 ff., daß § 278 nur dann anwendbar sei, wenn auch der Schuldner selbst für omnis culpa haftet.

Aus einer Dissertation hervorgegangen ist auch die freilich erheblich umfangreichere Arbeit von Melliger.[55]) Sie ist dankenswerth weniger durch

[54]) Dr. Arthur Nußbaum, Haftung für Hülfspersonen nach § 278 B. G.B. in Vergleichung mit dem gemeinen und Landrecht. Berlin, Ebering, 1898. 94 S. Preis M. 2,40.

[55]) Advokat Dr. C. Melliger, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen und schweizerischen Obligationenrecht sowie dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Zweite Auflage. Zürich, Zürcher & Furrer, 1898. 247 S. Preis M. 2,40.

Digitized by Google

die Neuheit der Ergebnisse, als durch ihre gewissenhafte und sorgfältige Zusammenstellung und kritische Beleuchtung des über die Frage der Ersatzpflicht bei nichtigen Verträgen in der Litteratur, Judikatur und neueren Gesetzgebung, einschließlich des B. G.B., vorfindlichen reichhaltigen Materials. Mit Recht vertheidigt Verfasser die Existenzberechtigung des „negativen Vertragsinteresses" sowohl vom theoretischen wie vom praktischen Standpunkt. Als Haftungsgrund erscheint ihm dabei weniger der bekanntlich von Ihering geprägte Begriff der culpa in contrahendo oder die von der alten Schule mit Vorliebe verwerthete stillschweigende Garantieübernahme, als vielmehr der Gesichtspunkt der Veranlassung, S. 145 ff.

Besonders werthvoll trotz ihrer, bei der Umarbeitung eines Vortrages erklärlichen aphoristischen Kürze ist die vierte, dem Thema des Schadensersatzes zugehörige Abhandlung[56]) von v. Tuhr. Sie führt uns auf ein theoretisch und praktisch gleich bedeutsames und dabei vernachlässigtes Problem: wieweit kann der Ersatzberechtigte neben dem eigenen auch fremdes Interesse dem Pflichtigen gegenüber geltend machen und bei der Schadensausmessung liquidiren (z. B. der Mandatar, der befugtermaßen einen Substituten zugezogen hat, diesem gegenüben den dem Mandanten erwachsenen Schaden)? Die Frage ist unbedingt zu bejahen, wenn der Gläubiger ein mit dem direkten Interesse des Dritten koinzidirendes Haftungsinteresse hat, d. h. seinerseits dem Dritten haftet: dann kann er vom Pflichtigen Befreiung von seiner Schuld verlangen, S. 541, 544. Darüber hinaus aber glaubt Verfasser, wenn auch hier nicht mit derselben Sicherheit, das Resultat gewinnen zu können: „Wenn der Gläubiger zu einem Dritten in einem Rechtsverhältniß steht, vermöge dessen das Interesse an der Leistung des Schuldners statt beim Gläubiger bei diesem Dritten entstanden oder nachträglich auf den Dritten übergegangen ist, so kann der Gläubiger den Schuldner zur Entschädigung des Dritten anhalten", S. 567. Endlich ist dieser Satz noch dahin zu ergänzen: „wenn die Vertragsklage auf Ersatz des Schadens eines Dritten geht, so kann sie vom Dritten auch ohne Cession ausgeübt werden", S. 583.

Man mag bezweifeln, ob dem Verfasser der Beweis dieser von ihm selbst nur hypothetisch vorgetragenen Thesen voll gelungen ist; jedenfalls steckt in seinen Ausführungen ein erhebliches und hoher Anerkennung würdiges Maß anregender Kraft, das zur weiteren Beschreitung des von ihm angewiesenen Pfades aufmuntern wird.

Ein anderer Wiener Vortrag von G. Rümelin[57]) giebt einen anregenden Ueberblick über die Versuche, die Schadensersatzhaftung über den Fall des Verschuldens hinaus zu erweitern.

[56]) Prof. Dr. A. v. Tuhr, Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen. Grünhut's Zeitschrift Bd. 25 S. 529—584.

[57]) Prof. G. Rümelin, Culpahaftung und Causalhaftung. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 88 S. 285—316.

Digitized by Google

Er gipfelt in dem Nachweis, daß die dahin gehörigen Fälle nicht von einem einzigen Gesichtspunkt aus zu betrachten sind, daß vielmehr für eine Haftung dabei verschiedene Gründe nebeneinander in Betracht kommen: Interesse, Gefährdung, Prävention, Beweisregulirung, Tragfähigkeit. Es ist zu fordern, „daß in jedem Fall, in dem die Kausalhaftung in Frage steht, die verschiedenen für dieselbe sprechenden Gründe nebeneinander berücksichtigt werden", S. 301, 315.

Munk's Studie[58]) über den Gläubigerverzug setzt sich die bescheidene Aufgabe, „lediglich eine Uebersicht über den jetzigen Stand der gemeinrechtlichen Theorie auf diesem Gebiete zu geben", und die darin durch das B.G.B. geschaffenen Modifikationen festzustellen. Dieses Ziel dürfte sie im Großen und Ganzen auch erreicht haben, ohne freilich dem mit den vielen bedeutenderen und umfangreicheren Bearbeitungen der Lehre Vertrauten wesentlich Neues zu bieten. Am meisten Kraft verwendet Verfasser auf den Nachweis, daß nach G.R. zum Annahmeverzug culpa gehöre; aber ich glaube nicht, daß diese m. E. unhaltbare Lehre durch seine wesentlich auf v. Schey fußende Begründung gerettet werden kann. Beachtenswerth ist die Bekämpfung der Kohler'schen Lehre, wonach es bei Abwesenheit des Gläubigers ohne Vertretung nach B.G.B. keines Realangebots bedarf, S. 63.

Die durch Stölzel[59]) neuestens in den Vordergrund der Diskussion gerückten Probleme der Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung haben inzwischen neue Förderung erfahren. Einmal durch Stölzel selbst — der zweite Theil seiner Schulung ist bereits in zweiter Auflage erschienen, die eine erhebliche Erweiterung der Seitenzahl von 312 auf 395 aufweist, dazu ein sehr ausführliches Vorwort, in dem sich der Verfasser mit den Gegnern, namentlich mit Eccius, auseinandersetzt. Die Neuausgabe des Buches, das in der juristischen Welt unseres Vaterlandes eine lebhafte Bewegung und unzählige schriftliche wie mündliche Erörterungen hervorgerufen zu haben das unbestreitbare und erhebliche Verdienst hat, ist trotz mancher Aenderungen und beachtenswerther Zusätze im Einzelnen — neu hinzugekommen sind u. a. die §§ 3—4 über bedingt begründete und bedingte Endurtheile — in der Grundidee unverändert geblieben. Verfasser ist von den Argumenten seiner Gegner, denen sich nunmehr auch das R.G. in mehreren Senaten angeschlossen hat, so wenig überzeugt, daß er durch erneute Prüfung vielmehr in den gefundenen Resultaten mehr und mehr bestärkt worden ist. Andererseits haben auch mich meinerseits die neuen Erörterungen des Verfassers, zu denen namentlich der energische Hinweis auf den Kostenpunkt gekommen ist, bei voller und warmer Bewerthung des aufgebotenen Scharfsinns und der hohen Bedeutung derselben von meinen früheren Bedenken (XIV, 390) bisher nicht abbringen können. Eine weitere Diskussion würde zur Zeit leicht auf den todten Strang hinauslaufen; nun mit Stölzel zu reden: „es frägt sich nur, welche Meinung schließlich im Rechte ist".

[58]) Dr. Walter Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris im gemeinen Recht und im B.G.B. Berlin, Prager, 1898. 72 S. Preis M. 2.

[59]) Adolf Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis. Zweiter Theil. Zweite Auflage. XXVIII u. 395 S. Preis M. 8.

Digitized by Google

Auch der in Wien gehaltene Vortrag Stölzel's[80]) beschäftigt sich, nach einigen vorzüglichen Bemerkungen über die fortdauernde Bedeutung des römischen Rechts auch nach Schaffung des B.G.B. und über die Nothwendigkeit einer thunlichst innigen Verbindung von Theorie und Praxis schon im akademischen Rechtsunterricht, mit der dem Verfasser ans Herz gewachsenen Streitfrage. Wer sich darüber in kurzen Worten informiren will, dem ist die verjüngte Darstellung in dieser neuesten Schrift besonders zu empfehlen. Aber auch den Kenner der älteren werden die Argumente interessiren, mit denen Verfasser in bisweilen ziemlich scharfer Weise seine Gegner zu widerlegen sucht.

Durch Stölzel's Lehre ist inzwischen Liebknecht[81]) zu einem umfassenden, durch Scharfsinn und Selbständigkeit hervorragenden, leider etwas schwer geschriebenen und zum Theil reichlich breit angelegten, Buche angeregt worden.

Dasselbe behandelt in Theil I (S. 1—104) die Zahlung mit Vorbehalt. Für diese lassen sich drei Klassen von Konstruktionen finden: „Die erste erblickt in dem Vorbehalt eine Bedingung, die zweite den Ausschluß einer Anerkennung der zu zahlenden Forderung, die dritte einen Vertrag". Davon weist Liebknecht unter eingehender und wesentlich beifallswerther Kritik der übrigen die zweite als allein annehmbar nach, S. 2ff., 40.

Der Vorbehalt ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, eine Reservation, S. 46. Freilich überträgt auch eine solche Zahlung das Eigenthum, aber diese Uebertragung entbehrt so lange des rechtfertigenden Grundes, bis das Bestehen der Schuld, auf die gezahlt wird, erwiesen ist. Indem somit dieser Beweis dem Empfänger obliegt, S. 59, wird dessen Interesse mit einer Vorbehaltszahlung nicht genügt: er braucht sie als keine wahre Erfüllung darstellend nicht anzunehmen. Zu einer solchen gehört aber nicht nur die Uebereignung, sondern auch das sie stützende Anerkenntniß, weshalb auch die Leistungsklage nicht nur jene, sondern auch dieses erheischt. Siehe S. 66, 80, 89. Auch im Prozeß ist das an sich nicht anders, wohl aber in den Fällen „nicht spontaner Vorbehaltszahlung", bei denen sich die Hierhergehörigkeit überhaupt bezweifeln läßt.

Schwieriger ist das in Theil II, S. 105ff., behandelte Problem der Eventualaufrechnung. Sie läßt sich nicht mit der Vorbehaltszahlung parallelisiren, da eine Aufrechnung ohne Anerkennung einen Widerspruch in sich bedeuten würde. Vielmehr lassen sich zwei Konstruktionen dafür gewinnen:

a) Es wird aufgerechnet für den künftigen Fall, „wenn der Kläger die Klageforderung im Uebrigen als begründet darthun werde", S. 144.

[80]) Adolf Stölzel, Rechtslehre und Rechtsprechung. Ein Vortrag, gehalten in der Wiener juristischen Gesellschaft am 7. Dezember 1898. Berlin, Vahlen, 1899. 58 S. Preis M. 1,20.

[81]) Ref. Dr. Carl Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung nach heute geltendem und künftigem Reichsrecht. Berlin, Prager, 1899. XII u. 217 S. Preis M. 5.

Digitized by Google

b) Es wird aufgerechnet unter der condicio in praesens „falls der Klageanspruch im Uebrigen bewiesen ist und die etwaigen sonstigen Einreden des Beklagten unerheblich, unbewiesen oder durch Repliken beseitigt sind", S. 159. Es würde dabei die Erklärung der Aufrechnung als durch die Prozeßzeit hindurch bis zu dem kritischen Zeitpunkt fortwirkend gedacht werden.

Verfasser giebt im Ganzen der ersten Auffassung den Vorzug und versucht zu ihrer Rettung namentlich das Bedenken wegzuräumen, das ihr die im § 388 ausgesprochene Unstatthaftigkeit einer bedingten Aufrechnung prima vista zu bieten scheint. Er führt indeß seine Arbeit weiterhin vom Standpunkte beider Theorien aus durch. Für welche man sich immer entscheide, jedenfalls soll Stölzel's Lehre abzuweisen sein. Dies nicht nur aus dem Begriff der Eventualaufrechnung entstammenden, sondern auch aus praktischen Gründen, S. 180, 186, 194. Stölzel's Gegengründe versucht Verfasser durch die Behauptung zu entkräften, daß den gegen die Klageforderung grundlos protestirenden Beklagten die Prozeßkosten treffen müßten, S. 215.

Die Lehre des B.G.B. von der Schuldübernahme erfährt durch v. Blume und Regelsberger fördernde Untersuchung.[82]) In interessanter Argumentation versucht jener den Nachweis, daß der Fall des § 415 vom Gesetzgeber falsch konstruirt sei, die Bestimmung daher im Leben ein todter Buchstabe bleiben werde. Denn die wahre Schuldübernahme sei nur im Vertrage des neuen Schuldners und Gläubigers zu finden, die „Mittheilung" des § 415 bilde dazu nur eine Offerte. Die Schuldübernahme des § 415 soll vom Standpunkt der betheiligten Schuldner von der bloßen Erfüllungsübernahme nicht unterscheidbar sein — eine Behauptung, der erhebliche Bedenken entgegenstehen. Ob die praktisch-politischen Bedenken v. Blume's gegen § 415 — weil er den Uebernehmer bedingungslos dem Gläubiger ausliefere, ihn der Einrede des nicht erfüllten Vertrages beraube, berechtigt sind — muß die Zukunft lehren; ich erachte sie durch Regelsberger's Erwiderung im Wesentlichen entkräftet. Allerdings ist mit diesem dem Uebernehmer die Aufnahme einer Vertragsbestimmung des Inhalts anzurathen, daß der Schuldner zur Mittheilung an den Gläubiger erst nach Erfüllung oder Kreditirung seiner Vertragspflichten dem Uebernehmer gegenüber befugt sein soll, eine Klausel, die eine vorgängige Mittheilung nicht nur inter contrahentes unstatthaft, sondern auch dem Gläubiger gegenüber wirkungslos zu machen geeignet sein dürfte, als dem Verpflichtungswillen des Uebernehmers immanente Beschränkung. Dies gegen v. Blume's Replik S. 115.

Aus den speziellen Lehren des Obligationenrechts ist zunächst auf Lazarus' Studie über das Abzahlungsgeschäft hinzuweisen.[83]) Sie bringt zwar im

[82]) Prof. W. v. Blume, Beiträge zur Auslegung des B.G.B. Ihering's Jahrb. Bd. 39 S. 390—428, ferner das. Bd. 40 S. 109—126 (Replik). — Regelsberger, Die Schuldübernahme und die §§ 414—416 B.G.B. Das., Bd. 39 S. 463—486.

[83]) Assessor Dr. J. Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgeschäfts nach

Digitized by Google

Einzelnen für die juristische und wirthschaftliche Beurtheilung ihres Gegenstandes nicht sonderlich viel Neues, ist aber als eine gut und klar geschriebene, systematisch-vollständige Gesammtdarstellung des neuen Rechts der Abzahlungsgeschäfte theoretisch und praktisch brauchbar. Zumal bei den mancherlei eingefügten Erörterungen wirthschaftlicher und rechtspolitischer Natur, scheint mir das Buch auch für den nichtjuristischen Politiker und Interessenten lesbar und empfehlenswerth.

Den meisten Erörterungen des Verfassers wird man die Zustimmung nicht versagen. Das gilt namentlich der Polemik gegen den angeblichen Miethscharakter des Abzahlungsgeschäfts, der gegenüber Lazarus dabei nur die Möglichkeit einer „miethsähnlichen Nebenabrede" zugiebt, S. 58, 60 ff. Ferner auch, um einen Einzelpunkt zu erwähnen, von der Ausführung, wonach bei Ausübung des Rücktrittsrechts eine geleistete Vertragsstrafe zurückzuerstatten ist, S. 106.

Bedenklich ist die Annahme (S. 130), daß § 7 des Abz. Ges. keine Nichtigkeit der fraglichen Geschäfte bewirke.

Eine formell und materiell gleich wohlgelungene Gesammtdarstellung des neuen Miethsrechts verdanken wir Fuld.[64]) Sie schließt, im Gegensatz zu der sonst weniger ergiebigen Arbeit von Fränkel (XIV, 377), das Pachtrecht aus, während sie die Gastaufnahme einbezieht, ebenso die mit der Miethe zusammenhängenden prozeß- und strafrechtlichen Fragen. Das Gebotene erweist sich als klar und vollständig. Das Buch ist seiner ganzen Anlage nach vorwiegend für den praktischen Juristen und den Interessenten bestimmt; allerdings ist es in seiner maßvollen und glücklichen Benutzung des bisherigen Rechts und seiner Judikatur, in der vielfachen Selbständigkeit seiner Urtheile auch wissenschaftlich nicht ohne Belang, aber die theoretischen Untersuchungen, wie z. B. wegen der juristischen Natur der Miethe, des Verhältnisses des Miethers zum neuen Erwerber, treten doch mehr in den Hintergrund (s. S. 219). Die Stärke desselben liegt in der vortrefflichen Kasuistik, die den Leser nur bei wenigen Einzelfragen im Stich lassen dürfte. Auch in der Polemik gegen abweichende Meinungen zeigt Verfasser Talent und Geschick.

Summarischer, aber darum nicht ohne Werth, ist die mehr auf die begrifflichen und theoretischen Grundlagen eingehende Studie von Hachenburg[65]) über den Dienst- und Werkvertrag. Ohne sich streng an die Disposition des Gesetzes zu binden, veranschaulicht sie die inneren Zusammenhänge und Gegensätze im Verhältniß beider Verträge zu einander und zu verwandten Geschäften,

---

geltendem Recht und nach dem B.G.B. Berlin, O. Liebmann, 1898. XIV u. 146 S. Preis M. 3.

[64]) R.A. Dr. Ludw. Fuld, Das Miethrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, systematisch dargestellt. Leipzig, Duncker & Humblot, 1898. VIII u. 283 S. Preis geb. M. 5,40.

[65]) R.A. Dr. M. Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im B.G.B. Mannheim, Bensheimer, 1898. 85 S. Preis M. 1,50.

Digitized by Google

wie zum Auftrag. Wohl mit Recht leugnet Verfaſſer, daß zwiſchen dem Inhalt von Dienſtvertrag und Auftrag, von der dort vorhandenen, hier fehlenden Entgeltlichkeit abgeſehen, ein inhaltlicher Unterſchied beſtehe. Der Gegenſatz zwiſchen Dienſt- und Werkvertrag andererſeits liegt darin, daß der Verpflichtete beim einen nur Arbeit, beim anderen einen Erfolg verſpricht.

Ueber die Kündigung, insbeſondere bei Darlehen, verbreitet ſich eine gründliche Studie von Thiele,[66]) bei der ich nur tadeln muß, daß ſie die neueſte Monographie über dieſen Gegenſtand (Immerwahr, ſ. XIV, 374), einfach ignorirt. Der Werth der Studie liegt beſonders in den zum Theil ſchwierigen Unterſuchungen, von wem die Kündigung auszugehen und an wen ſie zu geſchehen habe. Eine bedingte Kündigung will Verfaſſer mit den Meiſten nicht zulaſſen, doch macht er wenigſtens für den Fall der Poteſtativbedingung eine Ausnahme, S. 147. Daß beim Darlehen die Kündigung nicht völlig ausgeſchloſſen werden könne, behauptet er mit guten Gründen, S. 151.

Collatz[67]) verficht in einigen kurzen Beiträgen zum B.G.B. zunächſt mit ſchwerlich durchſchlagenden Gründen die Theſe, wonach die Quittung niemals ein Beweismittel ſein kann, ſondern mit dem negativen Anerkennungsvertrag des § 397 zuſammenfällt, S. 137. Beachtenswerth, wenn auch nicht unbedenklich, iſt die weitere Ausführung, daß der abſtrakte Schuldbegründungsvertrag auch in den Fällen der §§ 518 und 762 nicht, wie ich angenommen habe, nichtig, ſondern bloß kondizirbar ſein ſoll.

Die Diſſertation von Cordes[68]) über den Begriff der Werthpapiere iſt gut geſchrieben, ſorgfältig und intereſſirt den Leſer, zwar weniger wegen der behandelten, etwas abgeleierten Kontroverſe, aber wegen der erſtmaligen ausgiebigen wiſſenſchaftlichen Bearbeitung der einſchlägigen Sätze des B.G.B. Der Grundanſchauung des Verfaſſers freilich, die in Ablehnung der Kreations- und Vertragstheorie beſteht, kann ich ſchon für das bisherige Recht nicht beiſtimmen, geſchweige denn für das B.G.B. Hier wird eine unbefangene Auslegung ſtets in den §§ 793–794 die Kreationstheorie kodifizirt finden; das Auskunftsmittel des Verfaſſers, wonach „nichts übrig bleibt als die Haftung des Ausſtellers aus dem ohne ſeinen Willen in den Verkehr gelangten Papier auf den Willen des Geſetzes zurückzuführen", iſt ſchwerlich geeignet, uns darin wankend zu machen. Die ſonſt ſehr beachtenswerthe Ausführung (S. 102) ferner über den ſtets originären Rechtserwerb des aus dem Papier Berechtigten dürfte gerade vom Standpunkt der Vertragstheorie aus wenig folgerecht ſein.

Beifallswerther ſcheinen mir die meiſten ſonſtigen Ausführungen, ſo die über den Begriff des Werthpapiers, S. 9, 15, ferner S. 81, 86 über die vielbeſtrittene Frage, ob der Ausſteller an den Inhaber des Papiers trotz Kenntniß von deſſen Nichtrecht leiſten dürfe. Mit Recht wird die Frage, trotz mangelnder

[66]) E.G.R. Thiele im civ. Archiv Bd. 89 S. 85–165.

[67]) Mag.-Aſſeſſor W. Collatz in Ihering's Jahrb. Bd. 40 S. 127–150.

[68]) Joſeph Cordes, Begriff und Arten der Werthpapiere mit beſonderer Berückſichtigung des B.G.B. Kieler Diſſertation von 1898. 148 S.

Digitized by Google

Prüfungspflicht des Betreffenden, für den Fall verneint, daß er von der Nichtberechtigung des Produzenten weiß und sie auf der Stelle beweisen kann.

Die Lehre von den Deliktsobligationen hat v. Liszt mit einer, wie von dem berühmten Kriminalisten nicht anders zu erwarten, durch Geist, Scharfsinn und Selbständigkeit des Denkens ausgezeichneten Arbeit[*]) bedeutsam gefördert. Sie will ausgesprochenermaßen mehr anregen als abschließen, besonders auch zeigen, wie viele interessante und schwierige Probleme es auf diesem von der bisherigen Civilistik im Ganzen nicht nach Gebühr gepflegten Gebiete giebt.

In § 1 behandelt Verfasser den allgemeinen Begriff des Delikts, in dem er „jede schuldhafte, rechtswidrige Verletzung fremder rechtlich geschützter Interessen" sieht, S. 3. Er beklagt, daß dieser allgemeine Begriff im B.G.B. trotz gemachter Ansätze nicht voll zu seinem Rechte gekommen sei.

In § 2 wird gegenüber Endemann nachgewiesen, daß der Deliktsanspruch dadurch in keiner Weise ausgeschlossen werde, daß in dem Thatbestand zugleich die Verletzung einer Vertrags- oder gesetzlichen Verpflichtung zu finden ist. Nur müsse die für das vorliegende Verhältniß etwa ausgesprochene Ermäßigung der Haftung auf schwerere Schuldarten auch den Deliktsanspruch ergreifen. S. 13.

Nicht frei von anfechtbaren Behauptungen scheint mir § 3. Nicht nur die bloß obligatorischen Rechte sollen gegenüber den Beeinträchtigungen Dritter durch § 823[1] Schutz genießen, sondern auch alle „irgendwie rechtlich geschützten Interessen", S. 26, 31. Nur die Ehre wird wegen der Entstehungsgeschichte und der Sondervorschrift des § 824 ausgenommen.

Die Folge ist, daß für den Verfasser objektiv alle unter § 823 Abs. 2 fallenden Thatbestände schon durch Absatz 1 gedeckt sind; der Unterschied kann nur subjektiv sein, in der Art des zur Verantwortlichkeit führenden Verschuldens liegen. Die nach Absatz 1 verantwortlich machende Schuld muß sich, zwar nicht auf den dadurch entstehenden Schaden, aber doch auf den Erfolg der Handlung beziehen, die nach Absatz 2 erforderte nur auf die Handlung, die als solche den Verstoß gegen das Schutzgesetz bildet, selbst, nicht nothwendig auch auf ihren Erfolg.

Diese Unterscheidung ist sicherlich richtig und beachtenswerth; ich bezweifle aber, ob der Unterschied der beiden Absätze nur in diesem subjektiven Moment liegt, s. meinen Kommentar Bem. zu § 823 Nr. 3 4.

Sehr beifallswerth scheinen mir die Bemerkungen v. Liszt's über die Verletzung der Freiheit im Sinne von Abs. 1.

§ 4 behandelt die Schuldlehre und reproduzirt hier im Wesentlichen die dem Kenner von Liszt's Strafrecht geläufigen Anschauungen.

In § 5 geht Verfasser auf den verursachten Schaden ein und verficht die Kausalität der Unterlassung. Wenn er aber unter trotz ihrer Schärfe wenig

[*]) Prof. Dr. Fr. v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des B.G.B. Berlin, Guttentag, 1898. VI u. 114 S. Preis M. 2,80.

Digitized by Google

durchschlagender Polemik gegen gegnerische Lehren einer Gleichstellung von Bedingung und Verursachung das Wort redet, so kann ich für meine Person dem nicht folgen; zu wie bedenklichen, von Liszt selbst als „sehr weitgehend" bezeichneten Konsequenzen seine Lehre führt, kann man aus den S. 79 besprochenen Beispielen sehen. Ich halte es geradezu für exorbitant, den Verletzer wegen Tödtung ersatzpflichtig zu machen, wenn der an sich leicht Verwundete in Folge eines groben Kunstfehlers des zugezogenen Arztes das Leben verliert.

Aphoristisch kurz, aber interessant und durch Hinweis auf die zu erledigenden Probleme bedeutsam ist die Erörterung des § 6 über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit.

Endlich § 7 handelt vom Ersatzanspruch; hier wird u. A. zutreffend gelehrt, daß, vom § 826 abgesehen, der durch das Delikt nur mittelbar Geschädigte ausschließlich in den vom Gesetze besonders bestimmten Fällen, s. §§ 844 ff., einen Ersatzanspruch hat.

Mit der Haftung für Thierschäden befaßt sich eine recht gediegene, auf eingehenden historischen und dogmengeschichtlichen Studien beruhende Abhandlung von Isay.[70]) Der Hauptwerth liegt in der sehr eingehenden Bearbeitung des römischen und besonders des deutschen Rechts, während die dann folgende Dogmatik des B. G. B. leider etwas knapp gerathen ist.

Daß § 833 deutschrechtlichen Ursprungs sei, wird vom Verfasser mit guten Gründen dargethan; von einem auch nur fingirten Verschulden des Thierhalters ist dabei keine Rede. Freilich übespannt Verfasser die daraus zu gewinnenden Folgerungen, indem er die Solidarhaft mehrerer Ersatzpflichtiger leugnet, S. 319. Wo steht denn geschrieben, daß sie nur bei schuldhaften Handlungen, bei eigentlichen Delikten einträte, und nicht vielmehr bei allen unerlaubten Handlungen im Sinne des Titels einschließlich der Quasidelikte? Daß der die Solidarität allgemein aussprechende § 840 speziell auch an die Haftung des § 833 denkt, bekundet schlagend dessen Erwähnung im Schlußsatz. Auch daß gerade nur der Eigenbesitzer als ersatzpflichtiger Halter des Thieres angesehen werden soll (S. 316), scheint mir nicht überall zutreffend.

---

c) Sachenrecht.

Da die das Sachenrecht nur als Theil des Systems behandelnden Schriften bereits oben besprochen sind, bleibt hier nur noch eine Nachlese übrig.

Eins der interessantesten Probleme aus dem Besitzrecht erörtert eine gediegene Erstlingsschrift von Frank.[71]) Sie tritt mit überzeugenden Gründen für die Nothwendigkeit des Besitzwillens auch nach dem B. G. B. ein. Die thatsächliche Gewalt ohne diesen kann nicht genügen, S. 13; auch scheitert die gegnerische Lehre an § 867, S. 15.

---

[70]) Rei. Dr. Hermann Isay, Die Verantwortlichkeit des Eigenthümers für seine Thiere, Ihering's Jahrb. Bd. 39 S. 209–322.

[71]) Ref. C. Frank, Der Besitzwille nach dem B. G. B. Bonner Dissert. von 1898. 62 S. Preis M. 1,50.

Digitized by Google

Sehr beachtenswerth sind die Ausführungen über die Bedeutung von Gelassen, Wohnungen, Briefkasten für die Besitznahme der dorthin gelangten Gegenstände, S. 23. Ich besitze sie nur, weil und soweit ich — mittels eines generellen Willens — meiner Wohnung u. s. w. die Bestimmung gegeben habe, mir an allem, was für mich ihrem Schutze anvertraut wird, die Sicherheit wirthschaftlicher Nutzung zu verschaffen.

Auch Kinder können den erforderlichen Besitzwillen als ein lediglich thatsächliches Erforderniß haben, soweit sie im bestimmten Falle die thatsächliche Gewalt auszuüben fähig sind.

Die allgemeinen Vorschriften des neuen Immobiliarsachenrechts unterzieht Strecker[72]) einer klärenden, sorgfältigen Darstellung. Sie ist nicht nur für den Kenner des Preußischen Grundbuchrechts bestimmt, wenngleich sie ihn vorwiegend interessiren wird. Die Arbeit erfüllt durchaus die Anforderungen, die man an eine derartige orientirende Uebersicht stellen kann: sie ist knapp, vollständig und übersichtlich gehalten. Zu den Problemen selbständig Stellung zu nehmen hatte der Verfasser selten Anlaß, ohne es darum überall zu unterlassen. So vertheidigt er S. 25 mit Recht die Kategorie des „dinglichen Vertrages" und erweist unter Widerlegung einer Entscheidung des R.G., daß der Rechtsnachfolger des redlichen Erwerbers Eigenthum erlangt, trotz seiner eigenen etwaigen mala fides.

Mittelstein's[73]) Darstellung des Hypothekenrechtes ist aus vor einem nur theilweise juristischen Publikum gehaltenen Vorträgen hervorgegangen. Daraus erklärt sich die äußere Form: Vermeidung technischer Ausdrücke, thunlichste Gemeinverständlichkeit ohne Trivialität, eine gewisse behagliche Breite — andererseits Fehlen einer strengen Systematik und nur knappes Eingehen auf juristisch-technisch bedeutsame Kontroversen. Die Arbeit ist nach alledem gut lesbar und anregend, besitzt aber natürlich nicht soviel wissenschaftlichen Werth, als ihn ihr bei einer anderen Anlage zu verleihen der rühmlich bekannte Verfasser im Stande gewesen wäre. Daß das Buch hauptsächlich für den Hamburgischen Juristen, dessen bisheriges Recht mit dem neuen vielfach verglichen wird, von Interesse sein dürfte, ergiebt sich aus dem oben Gesagten von selbst, doch wird es auch anderswo mit Vortheil gelesen werden.

Dem eigentlichen Thema voraus geht eine kurze Skizze des Grundbuchrechts (Theil I). In Theil II leugnet Verfasser u. a. die begriffliche Eigenart der Rentenschuld, führt aber dafür die Sicherungshypothek als selbständige Form ein, S. 31. Hervorzuheben ist von Einzelpunkten die Erörterung über § 1163, S. 112 ff., sowie die von Mittelstein verneinte Frage, ob der Inhaber der fälligen Hypothek sie auf Anweisung des Eigenthümers gegen Valutazahlung einem Dritten abzutreten verpflichtet sei, S. 139 ff.

[72]) O. Strecker, Amtsrichter, Die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über die Rechte an Grundstücken. Berlin, Guttentag, 1898. 121 S. Preis M. 2,50.

[73]) O.L.G.R. Dr. Max Mittelstein, Das Hypothekenrecht des B.G.B. Hamburg, Seippel, 1898. VIII u. 250 S. Preis M. 5.

Digitized by Google

L. Cohn[74]) schließt sich den mannigfachen Kritikern der bekannten ministeriellen Entwürfe zur Sicherung der Bauforderungen an. Er erhebt eine Reihe von zum Theil begründeten Bedenken gegen die Entwürfe, die hier nicht einzeln aufgeführt werden können, sieht darin im Ganzen aber doch eine vortreffliche Arbeit, auf die alle etwaigen späteren Vorschläge auf diesem Gebiete weiterbauend werden zurückgreifen müssen.

Mit dem Sachenrecht hängen auch die Grundbuch- und Subhastationsordnung eng zusammen. Darum sei hier auf die ihnen gewidmeten Arbeiten hingewiesen. Schwarze[75]) giebt eine sehr knappe, für die Praxis bestimmte — dafür freilich vor dem Erlaß der partikularen Ausführungsgesetze nur zum Theil brauchbare Erläuterung der Grundbuchordnung. Die Darstellung ist übersichtlich und im allgemeinen korrekt; nur selten finden sich unhaltbare Behauptungen, so auf S. 15, wonach die Hypothek durch Zahlung erlöschen soll, während sie doch nach §§ 1163—1164 dadurch auf den Eigenthümer bezw. zahlenden Schuldner übergeht. Erwähnenswerth sind die vom Verfasser beigefügten Formulare nebst Erläuterungen. — Die Arbeit will und darf nur als erster Versuch betrachtet werden, auf Grund dessen der Verfasser späterhin eine neue, „durch- und weitergebildete" und auf die künftige Judikatur gestützte Darstellung zu geben gedenkt.

Aehnliches gilt von der noch knapper gehaltenen, aber durch gewandte und präzise Darstellung ausgezeichneten und im Ganzen der Schwarze'schen wohl überlegenen Ausgabe von Willenbücher.[75a]) Durch Uebersichtlichkeit und Klarheit ist sie zur ersten Einführung in das neue Grundbuchrecht wohl geeignet und läßt für den vom Verfasser in Aussicht gestellten großen Kommentar zum Grundbuchrecht die besten Erwartungen wach werden.

Etwas umfassender, aber immerhin auch noch im Umfange und Format einer bequemen Handausgabe gehalten, ist der Kommentar des Zwangsversteigerungsgesetzes von Reinhard.[76]) Er giebt zunächst praktischer Weise eine Quintessenz des neuen Rechts und seine wesentlichsten Abweichungen von den bisherigen Gesetzen Preußens und Sachsens, alsdann folgt der mit Verweisungen auf die Vorarbeiten und die Parallelstellen in den erwähnten Gesetzen versehene Kommentar. Dieser hält für den Zweck des Buches den richtigen

[74]) R.A. L. Cohn, Kritik des Entwurfs des Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen u. s. w. Berlin, Siemenroth u. Troschel, 1898. 31 S. Preis M. 0,75.

[75]) A.G.R. W. Schwarze, Die deutsche Grundbuchordnung, für die Praxis bearbeitet. Berlin, Vahlen, 1897. 129 S. Preis M. 2,60.

[75a]) O.L.G.R. Willenbücher, Die Reichsgrundbuchordnung vom 24. März 1897 mit Anmerkungen und Sachregister. Berlin, H. W. Müller, 1898. 142 S. Preis kart. M. 1,20

[76]) L.R. P. Reinhard, Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (aus der Handausgabe deutscher Reichsgesetze Bd. 50). Leipzig, Roßberg, 1898. VI u. 203 S. Preis M. 3 geb.

Digitized by Google

Umfang, ist in Anlage und Gruppirung recht übersichtlich und scheint mir, soweit sich das heute von der Studirstube aus übersehen läßt, wohl verwendbar zu sein. Aber auch wissenschaftlich ist das Buch in der vielfach hervortretenden Selbständigkeit seiner Ansichten nicht ohne Werth.

---

f) Familienrecht.

Wohl in Parallele zu der in demselben Verlage erschienenen Böhm'schen Bearbeitung des Vormundschaftsrechts (XIV, 381) giebt Fränkel[77]) eine solche des übrigen Familienrechts. Das Buch ist im Ganzen nicht übel gerathen, zuverlässig und brauchbar. Wissenschaftlich ist sein Werth freilich nicht hervorragend, dafür hat es den immerhin nicht gering zu schätzenden Vorzug, die erste Gesammtdarstellung eines sonst in der neuen Litteratur zu kurz gekommenen Gebietes zu sein.

Einzelne Punkte bedürfen für etwaige spätere Auflagen der Revision, so die Behauptung, das Gemeine Recht habe die Kinder aus ungültigen Ehen stets als uneheliche betrachtet, S. 165, s. dagegen cap. 2, 8, 14—15 X 4, 17. — Mißverständlich ist der Satz S. 14: Niemand darf eine Ehe eingehen, solange die frühere Ehe gültig besteht. In Wahrheit ist die Frage der Gültigkeit der alten zwar für die Rechtsbeständigkeit, aber nicht für die Statthaftigkeit der neuen Ehe von Belang, s. §§ 1309 und 1326. Die Darstellung auf S. 25 (Mitte) erweckt die Vorstellung, als ob der Verfasser Schenkungen eines Ehegatten gemeinrechtlich einer Form unterworfen wähne, während sie doch nichtig sind. S. 105 läßt Fränkel nach bisherigem Recht das in der Ehe geborene Kind als ehelich präsumirt werden, während es in Wahrheit auf die Zeit der Zeugung ankommt. S. 121 wird die Gewährung einer angemessenen Ausstattung als „onerоses Geschäft" bezeichnet, weil sie nicht als Schenkung gilt.

In Form eines Vortrages führt uns Gerhard in die interessante und wichtige Materie der Ehescheidungsgründe ein.[78]) Er stellt in kurzer, übersichtlicher Form die Grundzüge des neuen Rechts im Vergleich mit dem alten dar, namentlich rücksichtlich der vermuthlichen praktischen Anwendung, und verbreitet sich insbesondere über die schwierige Frage nach der Tragweite der dem neuen Recht im E.G. zugebilligten rückwirkenden Kraft.

Eine knappe, übersichtliche und sorgfältige Darstellung des Rechts der Errungenschaftsgemeinschaft giebt Schefold.[79]) Hauptsächlich für die Praxis

---

[77]) R.A. A. Fränkel, Das Familienrecht des B.G.B. unter Ausschluß des Vormundschaftsrechtes. Für den praktischen Gebrauch dargestellt. Hannover, Helwing, 1898. X u. 240 S. Preis M. 6.

[78]) R.A. St. Gerhard, Die Ehescheidungsgründe des B.G.B. und ihre rückwirkende Kraft. Vortrag des Berliner Anwaltvereins. Berlin, Siemenroth u. Troschel, 1899. 44 S. Preis M. 1.

[79]) R.A. C. Schefold, Die Errungenschaftsgemeinschaft des B.G.B. Stuttgart, Kohlhammer, 1899. VI u. 109 S. Preis M. 1,60.

Digitized by Google

der Juristen und auch wohl Laien bestimmt, enthält die Arbeit neben der Systematik auch einen Abdruck der einschlägigen Gesetzesbestimmungen und macht in Theil III die praktische Anwendung in sehr instruktiver Weise an einem Rechtsfall klar.

Wesentlich für die Praxis, als „Handbuch für den Vormundschaftsrichter" gedacht, ist auch die ausführliche Darstellung des neuen Vormundschaftsrechts von Fuchs.[80]) Seinem Zwecke entsprechend, sieht das Buch von längeren theoretischen und rechtshistorischen Untersuchungen ab, giebt vielmehr lediglich eine Dogmatik des neuen Rechts unter stetiger Vergleichung mit dem bisherigen Preußischen. Die Darstellung ist ausgiebig, sorgfältig und geschickt; ob sich die von der gesetzlichen abweichende, übrigens durch innere Gründe gerechtfertigte Disposition (erst die öffentlichen Organe, dann der Vormund), für ein der Praxis gewidmetes Buch empfiehlt, muß ich dahingestellt sein lassen.

Inhaltlich habe ich nur zu beanstanden, daß Verfasser bisweilen zu sehr eine unbedingte Maßgeblichkeit der Motive vertritt (s. z. B. S. 161, 230); im Uebrigen ist der Arbeit durchgängig Lob zu spenden. Besonders gefallen hat mir an ihr, daß der Verfasser sich nirgends mit einer positiven Feststellung, das und das sei Rechtens, begnügt, sondern mit Geschick die rechtspolitischen Gründe der Satzungen klarlegt, s. z. B. 139 u., 148 u. s. w. Ich zweifle nicht, daß die sehr erfreuliche Arbeit den verdienten Erfolg finden werde.

Endlich gehört hierhin die über den durchschnittlichen Werth derartiger Publikationen nicht unerheblich hinausgehende Ausgabe des neuen Vormundschaftsrechts von Schultzenstein und Köhne.[80a]) Sie giebt in sehr handlicher und übersichtlicher Anordnung zunächst einen kurzen Abriß über die Grundlagen des neuen Vormundschaftsrechtes und sodann einen knappen, aber doch ziemlich reichhaltigen Kommentar. Daß das Gegebene, bei denen die Verfasser sich vielfach an die Erläuterungen Schultzenstein's in seiner bekannten Ausgabe der Preußischen Vormundschaftsordnung halten konnten, überall vortrefflich ist und praktische Brauchbarkeit mit wissenschaftlicher Durchdringung des Stoffes verbindet, ist bei einer von einer solchen Autorität auf diesem Gebiete, wie Schultzenstein, mitherausgegebenen Arbeit selbstverständlich. Sie wird allen Anforderungen, die man an die Handausgabe stellen kann, auf's Beste genügen und neben den Juristen auch den Vormündern selbst treffliche Dienste leisten.

g) Erbrecht.

Aus dem Erbrecht ist die Zahl der Publikationen wieder außerordentlich gering. Zunächst beschäftigt sich eine gutgeschriebene und anerkennenswerthe

[80]) L.R. A. Fuchs, Das Deutsche Vormundschaftsrecht unter Gegenüberstellung des preußischen Vormundschaftsrechtes. Berlin, Vahlen, 1899. X u. 325 S. Preis M. 6.

[80a]) Das Deutsche Vormundschaftsrecht und das Preußische Gesetz betr. die Unterbringung verwahrloster Kinder vom 13. März 1878, Textausgabe mit Erläuterungen und Sachregister von O.L.G.R. M. Schultzenstein und A.G.R. Dr. Köhne. Berlin, Guttentag, 1898. 424 S. Preis M. 2,80 kart.

Digitized by Google

Studie von Löwenwald[81]) mit der erst durch das neue Gesetzbuch befriedigend geregelten Materie von den gemeinschaftlichen Testamenten. Hervorzuheben ist an ihr die fleißige Benutzung und Darstellung der bisherigen Rechte, seiner Judikatur und Litteratur und ihr Verhältniß zum Recht des B.G.B., das des Weiteren in seiner Entstehungsgeschichte und Dogmatik eingehend gewürdigt wird.

Auch an eigenen Gedanken und Begründungen fehlt es in der Arbeit nicht, s. z. B. das S. 43 über die Struktur der mit Annahme der Erbschaft des Erstverstorbenen eintretenden Unwiderruflichkeit der Verfügung des Längstlebenden, sowie das S. 57 über die Einwirkung eines Widerrufes des einen Testators auf die Verfügung des anderen Gesagte.

Die Vorschriften des B.G.B. treffen mit dem, was Löwenwald aus allgemeinen Erwägungen und dem bisherigen Rechte gewinnt, meist überein, so in den Fragen nach der Widerruflichkeit des Testaments und ihren Grenzen, S. 45; den Wirkungen des Widerrufs der einen Verfügung, S. 67, namentlich auch in der Konstruktion des in § 2269 geregelten Falles und der sich daraus ergebenden Konsequenzen, S. 70. — Nur in einem Punkte, in § 2270[1] mit seiner Präsumtion der Korrespektivität, soll es sich von der richtigen Lehre entfernen, S. 32.

Umfassender ist die etwas schwer geschriebene, aber durch die reichhaltige Verwerthung des Materials, die sorgfältige und saubere Durchführung brauchbare und werthvolle Monographie Jägers[82]) über Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. Ich hätte zwar eine ausgiebigere Hervorhebung der allgemeinen Gesichtspunkte und noch mehr historische Anknüpfungen — die übrigens keineswegs fehlen — gewünscht, gestehe aber gern zu, daß uns derzeit eine liebevolle Versenkung in das Detail der Dogmatik, wie sie Jäger in anerkennenswerther Weise giebt, besonders Noth thut.

Die vielbestrittene Frage der Erbenhaftung im Allgemeinen wird unverhältnißmäßig kurz behandelt (S. 1—29); das Schwergewicht liegt durchaus in der Darstellung des Nachlaßkonkurses, S. 30 ff., und des darin einbezogenen Konkurses des Erben, S. 91 ff. Hier scheinen mir als besonders bedeutsam die Untersuchungen über die Fragen nach dem Recht der Erbschaftsannahme im Erbenkonkurs, nach dem Anspruch auf den Pflichttheil im Konkurse des Pflichttheilberechtigten.

Für die darin behandelten Materien ist die Jäger'sche Arbeit vorläufig grundlegend und unentbehrlich.

Knapper und weniger belangvoll, aber lesbar und als erste Einführung

---

[81]) Dr. L. Löwenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente im B.G.B. mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme. Berlin, Struppe & Winkler, 1899. 92 S. Preis M. 1,60.

[82]) A.R. (jetzt Prof.) Dr. Ernst Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht. Berlin, Heine, 1898. VIII u. 120 S. Preis M. 3.

Digitized by Google

geeignet ist Wilke's Vortrag[82a]) über die Haftung des Erben. Sie führt das Detail der Lehre kurz vor, ohne auf die prinzipiellen Streitfragen näher einzugehen.

V. Partikularrecht.

Meurer's Arbeit über das Zehnt- und Bodenzinsrecht in Bayern[83]) giebt sich als einen Vorläufer der vom Verfasser beabsichtigten Gesammtdarstellung des bayrischen Kirchenvermögensrechts, beansprucht aber über ihren kirchenrechtlichen Theil hinaus auch seitens des Civilisten Beachtung. Sie bringt in frischer, gefälliger Darstellung Untersuchungen über Geschichte und Arten des Zehnts, den Bodenzins und seine Ablösung, endlich über die Zehntbaulast und ihre Ablösung. Die betreffenden bayrischen Gesetze von 1848, 1872, 1898 insbesondere erfahren eine ausführliche historische, dogmatische und auch kritische Würdigung; überhaupt sind manche beachtenswerthe Gesichtspunkte de lege ferenda eingestreut. Unrichtig ist die Behauptung, daß die Dinglichkeit der Gesammtverpflichtung bei der Reallast „nie einem Zweifel unterlegen habe", S. 85.

Einer gleichfalls für den bayrischen Juristen hochwichtigen Aufgabe, von der ich hoffen will, daß sie auch in Preußen und den anderen Bundesstaaten Nachfolge finden möge, widmet sich das umfassende Unternehmen von Becher.[84]) Er stellt alle anläßlich der Emanation des B.G.B. in Bayern erlassene Gesetze, Verordnungen und Ministerialerlasse nebst den einschlägigen Vorarbeiten und parlamentarischen Verhandlungen zusammen, und zwar jedes Gesetz als besondere Abtheilung. Zwei derselben, das Gesetz über das Unschädlichkeitsattest und über das Liegenschaftsrecht in der Pfalz, liegen bereits vollendet vor; die anderen, darunter vor Allem das Ausführungsgesetz zum B.G.B., sind rüstig gefördert. Diesen Parallelismus der Herausgabe macht Verfasser dadurch möglich, daß er die einzelnen Lieferungen mit dem angesammelten Material aus den verschiedenen Abtheilungen nebeneinander ausfüllt, ein der Beschleunigung des Werkes sicherlich zuträgliches Verfahren.

Ob und inwieweit das Gegebene vollständig ist, kann ich als Nichtbayer natürlich nicht beurtheilen; jedenfalls ist der Plan der Arbeit sehr beifallswerth, die Ausführung und Anordnung sauber und übersichtlich, und ich zweifle nicht, daß die mühsame und in gewisser Beziehung entsagungsvolle Thätigkeit des Verfassers durch einen entsprechenden äußeren Erfolg des Unternehmens gelohnt werden wird. Der außerordentlich billige Preis wird das noch erleichtern.

[82a]) Geh. J.R. R. Wilke, Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem B.G.B. Vortrag des Berliner Anwaltvereins. Berlin, Siemenroth u. Troschel, 1898. 26 S. Preis M. 0,60.

[83]) Prof. Dr. Chr. Meurer, Das Zehnt- und Bodenzinsrecht in Bayern. Stuttgart, Enke, 1898. 136 S. Preis M. 4.

[84]) H. Becher, Staatsanwalt: Die gesammten Materialien zu den das B.G.B. und seine Nebengesetze betreffenden bayrischen Gesetzen und Verordnungen. Lieferung 1—10. München, J. Schweitzer. Preis zus. M. 19,80.

Digitized by Google

VI. Civilprozeß, Konkurs und freiwillige Gerichtsbarkeit.

Die in diese Rubrik fallenden Materien werden durch die neue Gesetzgebung dem Civilrecht, zu dem sie innerlich gehören, einander erheblich angenähert, was sicherlich einem wirkungsvolleren Handinhandarbeiten der betr. Doktrinen die Wege ebnen wird. Die lebhafte Bewegung in der neuen Litteratur des B.G.B. hat denn auch bereits sie mitergriffen.

Hinweisen will ich zunächst auf die Textausgaben[85]) der Civilprozeß- und Konkursordnung, die in geschickter Anordnung den alten und neuen Wortlaut einander gegenüberstellen. Die eine derselben, die Schweitzer'sche, giebt die beiden Gesetze gesondert; sie enthält den aus der alten Ordnung übernommenen Text in gewöhnlichem deutschem, die weggefallenen Partien in lateinischem und die neu hinzugekommenen in fettem deutschem Druck, dazu am Schluß vergleichende Paragraphentabellen. Mit der C.P.O. ist das G.V.G., mit der K.O. das Anfechtungsgesetz vereinigt.

Womöglich noch praktischer ist die alle genannten Gesetze zusammenfassende Ausgabe von Haering. Sie enthält den verbleibenden Text in durchlaufendem deutschem Druck, die Neuerungen (deutsch) auf der linken, den wegfallenden Text lateinisch auf der rechten Seite.

Beide Ausgaben werden bei ihrer Handlichkeit und geschickten Technik in den nächsten Jahren zum unentbehrlichen Handwerkszeug jedes Juristen gehören.

Die bereits vortheilhaft bekannte und weitverbreitete Handausgabe der C.P.O. von Sydow[86]) hat sich der Umgestaltung des Gesetzes in ihrer neuesten Auflage bereits angepaßt. Sie weist auch sonst gegenüber ihren Vorgängerinnen erhebliche Erweiterungen auf, namentlich in der verstärkten Heranziehung der Judikatur. Dementsprechend ist auch das Format vergrößert, und zur Vermeidung von Ueberlastung das G.V.G. abgetrennt. Es steht zu erwarten, daß die in ihrer Art ganz vortreffliche Bearbeitung — an der diesmal wegen Ueberlastung des bisherigen Herausgebers L. Busch theilgenommen hat — auch in der neuen Form ihre alte Beliebtheit sich erhalten werde.

Einer Umwandlung hat sich auch das im selben Verlage erschienene, bisher verbreitetste Lehrbuch des Civilprozesses von Fitting[87]) unterzogen. Sie stellt aber nicht auch eine Erweiterung, sondern gegenüber den wissenschaftlich anspruchs-

---

[85]) Schweitzer's alte und neue Civilprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz. München, Schweitzer, 1898. 491 S. Preis geb. M. 3. — Schweitzer's alte und neue Konkursordnung s. d. D. Reich. Ebenda. 128 S. Preis geb. M. 1,50. — Gerichtsverfassungsgesetz, Civilprozeßordnung, Konkursordnung. Berlin, Haering, 1898. 557 S. Preis geb. M. 4.

[86]) Civilprozeßordnung mit Einführungsgesetzen, Nebengesetzen und Ergänzungen. Herausgeg. mit Anmerkungen von K. Sydow, Direktor im Reichspostamt, und L. Busch, Kammergerichtsrath. Achte vermehrte Auflage. Berlin, Guttentag, 1898. XIV u. 626 S. Preis geb. M. 4.

[87]) Geh.R. Prof. Dr. Herm. Fitting, Der Reichscivilprozeß. Neunte Auflage. Berlin, Guttentag, 1898. XVIII u. 749 S. Preis M. 7.

Digitized by Google

volleren letzten Bearbeitungen eine Rückbildung nach der urſprünglichen Geſtalt des Buches hin dar, nur jetzt natürlich auf Grundlage der neuen C.P.O., neben der auch das Immobiliar-Zwangsvollſtreckungsrecht herangezogen wird. Die Eigenart und Vorzüge des elegant und überſichtlich geſchriebenen Buches ſind bekannt, ebenſo wie die Schranken ſeiner Bedeutung: es finden ſich keine Litteraturangaben und nur kurzes Eingehen auf die hiſtoriſche Entwicklung und die großen prinzipiellen Streitfragen des Prozeßrechts; nicht einmal bei ſolchen Punkten, wie die Interventionsklage, iſt die bekannte Kontroverſe mitgetheilt oder eine wiſſenſchaftliche Begründung gegeben (S. 525—526). Aehnliches gilt von der Feſtſtellungsklage, bei welcher einfach gelehrt wird, es werde dadurch lediglich ein öffentlich-rechtlicher Anſpruch an das Gericht geltend gemacht, S. 107, 202—204, ohne Eingehen auf die gegenſätzlichen Standpunkte. Andererſeits ſind manche prinzipiell wenig belangvollen und daher m. E. in der wiſſenſchaftlichen Darſtellung beſſer zurücktretenden Punkte ſehr ausführlich behandelt, z. B. das Zuſtellungsweſen.

Trotzdem darf nicht bezweifelt werden, daß das handliche und exakt gearbeitete Buch geeignet iſt, nicht nur nach dem beſcheidenen Ausſpruch des Verfaſſers „zu raſcher Einführung in das neue Prozeßrecht als Hülfsmittel zu dienen und damit die Schwierigkeiten des Ueberganges zu erleichtern", ſondern auch darüber hinaus für viele Jünger der Wiſſenſchaft eine reiche und leichtverſtändliche Quelle der Belehrung zu werden.

In viel ſchwererer Rüſtung tritt das umfaſſende Lehrbuch von Richard Schmidt*) auf den Plan. Ich befinde mich in Bezug auf dieſes Werk in einem nicht unerheblichen Gegenſatz zu meinem verehrten Mitherausgeber Kohler, deſſen ſehr abfälliges Urtheil (ſ. Juriſtiſches Litteraturbl. X, 131) ich mir durchaus nicht zu eigen machen kann. Zwar verkenne ich nicht die Mängel des Buches: es iſt mit einer gewiſſen Schwerfälligkeit geſchrieben, in der Dispoſition m. E. einigermaßen verkünſtelt und ruft überhaupt in der ganzen Technik der Anlage manche Bedenken wach. Dadurch und durch die für akademiſche Zwecke allzu breite Ausführung wird eine größere Verbreitung des Werkes in den Kreiſen der Studirenden ſicherlich gehemmt werden.

Aber darum iſt dasſelbe doch eine wiſſenſchaftlich werthvolle und bedeutende Leiſtung. Der Verfaſſer, bekanntlich aus der trefflichen Schule Wach's hervorgegangen, zeigt darin überall eine hervorragende wiſſenſchaftliche Beherrſchung des Stoffes nach der hiſtoriſchen und dogmatiſchen Seite hin, ein durch Selbſtändigkeit und Scharfſinn hervorragendes Urtheil. Daß man ihm nicht in allen Punkten folgen und die mitunter etwas wegwerfende und den Gegengründen nicht gerecht werdende Art im Abthun abweichender Anſchauungen nicht für ſonderlich empfehlenswerth erachten kann, thut der großen anregenden und

*) Prof. Dr. Rich. Schmidt, Lehrbuch des deutſchen Civilprozeßrechts. Leipzig, Duncker & Humblot, 1898. XVI u. 956 S. Preis M. 18. — Derſelbe, Die Aenderungen des Civilprozeßrechts nach den Novellen d. J. 1898. Daſelbſt. 141 S. Preis M. 3,20.

Digitized by Google

fördernden Kraft des Buches keinen Abbruch. Ich muß dahingestellt lassen, ob Verfasser nicht besser gethan hätte, das Erscheinen desselben bis zum Erscheinen der neuen C.P.O. zu suspendiren; jedenfalls hilft er dem darin etwa liegenden Mangel durch die Ergänzungen einigermaßen ab und kann ihn in späteren Auflagen leicht beseitigen.

Allzu spärlich und nicht ohne Willkür sind die Litteraturangaben. Mag es Absicht oder Zufall gewesen sein — jedenfalls war es unstatthaft, die neuen, doch zum mindesten anregenden und überall sonst beachteten Arbeiten von Betzinger, Stölzel und auch von Brodmann bei § 83 (Beweislast) kurzerhand zu ignoriren. Auch meine Arbeit über das Pfandrecht an eigener Schuld (Civ. Archiv 81 S. 61 ff.) hätte S. 615 No. 1 vielleicht neben den mancherlei angezogenen kurzen Bemerkungen Anderer eine Erwähnung verdient.

Der Prozeßvergleich ist in der Berichtsperiode zweimal behandelt worden, von Paul und Wolf.[89]) Paul's Arbeit ist die weitaus umfassendere und bedeutendere. Sie ist gut geschrieben, zeigt selbständiges, eindringendes Urtheil und bedeutet eine wesentliche Förderung der Materie. Das Ergebniß scheint mir freilich trotz der trefflichen Begründung nicht unbedenklich. Verfasser leugnet nämlich die Identität des prozessualischen, zur Vollstreckung führenden Vergleiches mit demjenigen des materiellen Rechts. Jener erfordere kein gegenseitiges Nachgeben, sei überhaupt keine private Abmachung, sondern eine lediglich nach prozeßrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilende Prozeßhandlung, S. 3, 47, genauer ein Urtheilssurrogat, das einzige im heutigen Prozeß anerkannte, daher ist er auch im Gegensatz zum Civilvergleich keiner Abänderung durch die Parteien fähig, S. 23.

Ich glaube, daß der Verfasser dabei vor Allem die konstitutive Natur des Vergleiches gegenüber der normalerweise deklarativen des Urtheils unterschätzt; ich vermisse den Rechtsgrund für die auch im Prozeßvergleich vorkommenden Rechtsverschiebungen, die doch ohne privatrechtliche Grundlage in der Luft schweben. Um von anderen Bedenken zu schweigen, fehlt es bei Paul ferner bei dem weiten Umfang, den er seinem von allen Fesseln des strengen privatrechtlichen Begriffes losgelösten Prozeßvergleich glaubt geben zu können (S. 47, 53), an einer festen Abgrenzung desselben gegenüber Anerkenntniß und Verzicht, die der Prozeßualist doch so nothwendig gebraucht!

Wolf's Arbeit ist in der der Paul'schen entgegengesetzten Grundidee wenig originell, bringt dafür aber im Einzelnen manches Beachtenswerthe; so wird dargethan, daß der Prozeßvergleich nicht von jedem beliebigen Gericht geschlossen werden kann, wie die herrschende Meinung will, S. 197. Wegen etwaiger materieller Unrichtigkeit kann derselbe nicht in seiner prozeßbeendenden Wirksamkeit ohne Weiteres beseitigt werden, S. 234.

Es ist zu bedauern, daß die fast gleichzeitig erschienenen Arbeiten einander nicht berücksichtigen konnten.

[89]) L.G.R. Dr. K. Paul, Der Vergleich im Prozeß. Ein Beitrag zu der Lehre von den Urtheilssurrogaten. Leipzig, Roßberg, 1898. 96 S. — Rei. H. Wolf, Der Prozeßvergleich, Archiv f. civ. Praxis Bd. 88 S. 153—250.

Digitized by Google

Daß von Daubenſpeck's bekanntem Buche[90]) ſchon wieder eine neue Auflage nothwendig geworden iſt, beweiſt beſſer, als es irgend eine Kritik vermöchte, den Werth und die Brauchbarkeit dieſer didaktiſchen Arbeit. Die neue Ausgabe iſt nicht weſentlich verändert, aber mannigfachen Nachbeſſerungen im Einzelnen unterzogen. Durch das B.G.B. und die inzwiſchen erſchienene Litteratur ſind verſchiedene Zuſätze veranlaßt. Wie in den letzten Auflagen, macht ſich auch diesmal wieder der Verfaſſer zum Rufer im Streit für die Verbeſſerung der Sprache und die Ausmerzung von Fremdworten.

Dem neuen Geſetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit ſind eine ganze Reihe von Arbeiten gewidmet. Ein Vortrag von Rausnitz[91]) gilt noch dem Entwurfe, iſt alſo in ſeinem weſentlich kritiſchen Inhalt heute überholt. Zu erwähnen iſt der, m. E. kaum beifallswerthe, Vorſchlag, das Vormundſchaftsweſen den Organen der Selbſtverwaltung zu übertragen.

Zum Geſetz ſelbſt liegen nicht weniger als vier Kommentare vor: von Dittrich, Haidlen, Jaſtrow und Wellſtein.[92]) Der letztgenannte iſt bei weitem der umfangreichſte; er iſt ſorgfältig gearbeitet, wiſſenſchaftlich und praktiſch brauchbar. Nach einer kurzen Einleitung folgen ausgiebige und überſichtlich geordnete Bemerkungen zu den einzelnen Paragraphen; auch die einſchlägigen Beſtimmungen werden, durch lateiniſchen Druck kenntlich, eingeſchaltet. Von den übrigen iſt Jaſtrow's Ausgabe am bedeutendſten; ſie giebt außer dem mit kurzen, überſichtlichen Anmerkungen verſehenen Text noch eine ſich über die allgemeine Stellung und die Anwendbarkeit des Geſetzes verbreitende Einleitung ſowie am Schluß einen Auszug aus der C.P.O. Handlich und überſichtlich ſind auch die beiden anderen, im Ganzen noch kürzer gehaltenen Ausgaben.

Freundlich's[93]) kleine Arbeit über das Verfahren vor den Gewerbegerichten giebt eine kurze Ueberſicht über die grundſätzlichen Verſchiedenheiten deſſelben von dem ordentlichen Verfahren; ſie laufen der Tendenz nach durchweg auf eine Vereinfachung hinaus und haben auf eine raſche Erledigung der fraglichen Streitigkeiten den vortheilhafteſten Einfluß geübt, S. 33.

---

[90]) R.G.R. H. Daubenſpeck, Referat, Votum und Urtheil. Siebente verbeſſerte Auflage. Berlin, Vahlen, 1899. XII u. 286 S. Preis M. 5.

[91]) R.A. J. Rausnitz, Der Entwurf eines Geſetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Vortrag des Berliner Anwalt-Vereins. Berlin, Siemenroth u. Troſchel, 1898. 59 S. Preis M. 1.

[92]) Das Reichsgeſetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, erläutert von a) Aſſ. M. Dittrich. Leipzig, Berger, 1898, 130 S. Preis M. 2. — b) L.G.R. Dr. Haidlen. Stuttgart, Kohlhammer, 1898. 103 S. Preis M. 1,60. — c) A.G.R. Jaſtrow. Berlin, Guttentag, 1898. 253 S. Preis M. 1,80. — d) O.L.G.R. Wellſtein. Berlin, Müller, 1899. 205 S. Preis M. 4 geb.

[93]) Dr. A. Freundlich, Das Verfahren nach dem Reichsgeſetz betr. die Gewerbegerichte. München, Schweitzer, 1898. 33 S. Preis M. 0,80.

Digitized by Google

VII. Oeffentliches Recht.

Zelle's bekanntes Handbuch[94]) umfaßt zwar auch Privatrecht, legt aber doch den Schwerpunkt entschieden auf die Darstellung des öffentlichen Rechts, sodaß es an diese Stelle gehören dürfte. Die sorgfältige, knapp und übersichtlich gehaltene und, nicht nur für den Berufsjuristen, als getreuer Rathgeber über das geltende Recht verwendbare Darstellung hat sich inzwischen so eingebürgert, daß hier auf die neue Auflage der kurze Hinweis genügen dürfte. Grundsätzliche Aenderungen weist sie nicht auf, doch ist überall der Fortschritt der Gesetzgebung der letzten 4 Jahre und besonders das B.G.B. berücksichtigt, zwecks deutlicher Abgrenzung vom sonstigen Recht mittels lateinischer Kursivschrift. Diese kurzen, recht geschickt formulirten Zusätze ersetzen nicht, sondern ergänzen nur die bisherige Darstellung; eine völlige Umarbeitung der betroffenen Partien auf Grundlage des neuen Rechts wird die Sache späterer Auflagen sein. Ob sich dabei das in dem Buche jetzt noch mit Vortheil befolgte System des Landrechts in Zukunft wird beibehalten lassen, scheint mir nicht unzweifelhaft.

Eine für das breitere Publikum bestimmte Arbeit über die preußische Verfassung legt E. Schwartz[95]) neben seinem bisherigen größeren Werk darüber an. Sie besteht aus einer sog. Einleitung, die aber in Wahrheit die Hauptsache ist, enthaltend eine lebendig und klar geschriebene, von maßvoll freiheitlichem Geiste erfüllte Darstellung der Entstehung und der Grundprinzipien unserer Verfassung. Dann folgt der Text ohne Anmerkungen, endlich die Gesetze und Verordnungen über die Zusammensetzung des Landtags, sowie die Geschäftsordnung seiner beiden Häuser.

Den in der Reichsverfassung hervortretenden theils unitarischen theils föderalistischen Tendenzen widmet Rehm[96]) einen gehaltvollen Vortrag; jene sieht er in Kaiser und Reichstag, diese im Bundesrath vertreten, S. 16. Besonders interessant sind die sich darin anschließenden Bemerkungen über die faktische Machtvertheilung und deren Gründe.

Daß die unlängst wieder für die Regelung der Kirchenbaulast ausgegrabene Konsistorialordnung von 1573 heute unmöglich mehr anwendbar sein kann, als dem derzeitigen faktischen und rechtlichen Zustand kraß widersprechend, scheint mir so klar, daß die gegentheilige Stellung mancher Gerichte kaum ver-

[94]) Handbuch des geltenden öffentlichen und Privatrechts f. d. Gebiet des preußischen Landrechts, unter Mitwirkung von Stadtrath Tourbié und Assessor Korn, herausgegeben von O.Bürg.M. R. Zelle. Vierte, vermehrte Auflage. Berlin, Springer, 1898. XVIII u. 610 S. Preis geb. M. 7.

[95]) Dr. iur. et phil. E. Schwartz, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850 nebst Ergänzungsgesetzen und einer Einleitung. Halle, Hendel. 279 S. Preis M. 1,25.

[96]) Prof. Dr. H. Rehm, Unitarismus und Föderalismus in der deutschen Reichsverfassung. Vortrag der Gehe-Stiftung. Dresden, v. Zahn u. Jaensch, 1898. 40 S. Preis M. 1.

Digitized by Google

ständlich ist. Dieses Resultat wird nunmehr auch von einer kleinen Schrift von G. Fischer mit weiteren beachtenswerthen Gründen[97]) vertreten.

Hervorragende theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrungen versteht Jebens[98]) in seiner Darstellung über das Recht der Stadtverordneten nutzbar zu machen. In einer Zeit des Aufblühens unserer Stadtgemeinden, der weitgehenden Anerkennung der Selbstverwaltung, ist es nützlich und nothwendig, daß der Jurist sich mehr, als es vielfach leider geschieht, um die so wichtigen und oft schwierigen Fragen des kommunalen Verwaltungsrechts bekümmert. Dazu wird ihm das handliche und übersichtliche Buch für das darin behandelte Gebiet willkommen und nutzbringend sein. Vor allem auch die Kommunalbehörden haben allen Anlaß, dem Verfasser für seine werthvolle Gabe aufrichtigen Dank zu wissen.

Einige kleinere Studien strafrechtlichen Inhalts seien hier noch erwähnt. Zunächst bringt Lobe's[99]) fleißige Feder werthvolle Beiträge über die Einwirkung des B.G.B. auf das Strafrecht. Besonders geht er auf den Besitz ein und thut in beachtenswerther Weise dar, daß den „civilrechtlichen Erstreckungen und Fiktionen des Besitzes", wie sie das B.G.B. im Besitze des Erben, im mittelbaren Besitze geschaffen habe, für das die Begriffe des Lebens zu Grunde legende Strafrecht als solches keine Bedeutung zukommt; sie können sie nur erlangen durch eine unter dem Einfluß des neuen Rechts etwa eintretende Wandlung der Lebensauffassungen.

Eine skizzenhaft kurze, aber warm geschriebene Abwehr gegen die Uebertreibungen des modernen Determinismus im Strafrecht legt Günther[100]) vor; er weist namentlich auf die schädlichen Wirkungen jener Lehre für die Rechtspflege hin.

Wenig bedeutend ist die Dissertation von Pflaum[101]) über die Gesetzeskonkurrenz. Sie ist geschieden in einen allgemeinen und einen speziellen Theil, welch letzterer eine große Zahl von Anwendungsfällen des Begriffes aufzählt.

Auch Heilbronner's[102]) Dissertation hat wenig selbständigen Werth; immerhin giebt sie eine übersichtliche Darstellung der für den behandelten Be-

---

[97]) Gustav Fischer, Die Kirchen- und Pfarrbaulast der Stadt Berlin sowie der Märkischen Städte. Berlin, Siemenroth u. Troschel, 1898. 47 S.

[98]) Geh. R., Senatspräsident a. D. W. A. Jebens, Die Stadtverordneten. Ein Führer durch das bestehende Recht. Berlin, Springer, 1899. XII und 294 S. Preis geb. M. 3.

[99]) L.R. Dr. A. Lobe, Ueber den Einfluß des B.G.B. auf das Strafrecht. Leipzig, Veit, 1898. 16 S. Preis M. 1,20.

[100]) R.A. Carl Günther, Die Zurechnung im Strafrecht. Berlin, H. Wattenbach, 1898. 14 S. Preis M. 1.

[101]) Dr. O. Pflaum, Ueber Gesetzeskonkurrenz auf dem Gebiete des Strafrechts. München, Schweitzer, 1898. 47 S. Preis M. 1,20.

[102]) Dr. J. Heilbronner, Der Begriff „Unterdrückung wahrer Thatsachen" beim Betrug. Ebenda. 46 S. Preis M. 1,20.

Digitized by Google

griff aufgestellten Lehren. Der Verfasser kommt selbst zu dem Ergebniß, „daß dem Begriffe des Unterdrückens wahrer Thatsachen neben der Vorspiegelung falscher und insbesondere der Entstellung wahrer Thatsachen für konkrete Fälle eine selbständige Bedeutung abzusprechen sei", S. 43.

VIII. Werke vermischten Inhalts; Zeitschriften; Varia.

An dieser Stelle sei zunächst auf zwei Festschriften für Jubiläen hervorragender Juristen hingewiesen. Die eine ist von Wiener Rechtslehrern zur Feier des 70. Geburtstages von Joseph Unger verfaßt.[103]) Mitgewirkt haben an diesem großen Sammelwerk, einer der bedeutendsten Erscheinungen der Berichtsperiode, v. Czyhlarz, Menzel, Mitteis, Pfaff, v. Schrutka, v. Schey, S. Adler, Seidler, also Namen vom besten vielversprechenden Klang. Zunächst giebt (S. 1—48) Czyhlarz interessante, recht minutiöse Untersuchungen zur Lehre von der Accession; er handelt darin besonders über ferruminatio und adplumbatio, plantatio und satio, Besitz und Ersitzung von res compositae. — Menzel versucht (S. 49—86) die bisher zu wenig beachteten variablen Elemente in Spinoza's Staatslehre zu erklären, die sich in seinen beiden politischen Hauptschriften in nicht unerheblich verschiedener Art ausgeprägt findet. Menzel erklärt die Wandlungen aus dem Einfluß, den der große Staatsmann de Witt und die Beleuchtung der damaligen politischen Zustände der Niederlande auf den Philosophen ausgeübt habe. — Ausführlicher und neben den Studien von Pfaff und v. Schey aus der ganzen Sammlung am bedeutendsten ist die Abhandlung von Mitteis über das litterarisch-artistische Urheberrecht nach dem neuen österreichischen Gesetz, S. 87—220. Der bewährte Forscher beweist sich mit dieser geistvollen und weit über Oesterreichs Grenzen hinaus beachtenswerthen Arbeit als Meister auf einem seinem bisherigen Arbeitsfelde fernliegenden Gebiete moderner Rechtsbildung; er zeigt zugleich dem Leser, wie das österreichische Gesetz vom 26. Dezember 1895 in seiner Verwerthung den neuen Forschungen und Anschauungen einen ungeheuren, auch für die reichsdeutsche Gesetzgebung auf diesem Gebiete den Pfad weisenden Fortschritt darstellt.

Die Schrift will und kann das Urheberrecht nicht erschöpfend darstellen, sondern nur die derzeitigen „Grundlagen" bezeichnen, auf denen sich das österreichische Recht derzeit aufbaut, nebenbei auch die mehrfachen dunkeln Punkte des neuen Gesetzes zu erhellen trachten. Für die allgemeinen Konstruktionen fällt dabei weniger ab; Mitteis läßt vielmehr zwischen den beiden von ihm derzeit als allein diskutabel erachteten Grundanschauungen des Immaterialgüter- und des Persönlichkeitsrechtes freie Wahl. Desto mehr für die Erforschung des Details, aber auch für die Würdigung des materiellen Wesens

[103]) Festschrift zum siebzigsten Geburtstage Sr. Exzellenz Dr. Joseph Unger, überreicht von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien am 2. Juli 1898. Stuttgart, Cotta, 1898. 584 S. Preis M. 16.

Digitized by Google

des Urheberrechts. Mitteis sieht darin „die ideale und materielle Herrschaft über das Werk".

Von Einzelheiten scheint mir besonders erfolgreich die Polemik gegen § 16 des Gesetzes, S. 114; ferner die Feststellung der Kriterien, aus denen sich das Vorhandensein eines litterarischen Werkes ergebe, S. 129.

Pfaff's Studie über die clausula rebus sic stantibus (S. 225 bis 354) bringt ein vielfach zu Unrecht unterschätztes, nunmehr auch im B.G.B. in einzelnen Anwendungsfällen verwerthetes Problem zur Sprache. Der Werth der Arbeit liegt in der ausgiebigen Dogmengeschichte, sowie in der Untersuchung des Rechtszustandes in Oesterreich, s. das Ergebniß auf S. 354. In der eigenen Stellungnahme zu den durch sein Thema angeregten Fragen verhält sich der Verfasser zurückhaltender, als ich es im Interesse des Aufsatzes gewünscht hätte. Beachtenswerth und weiterer Verfolgung werth scheint mir der Gedanke S. 294, daß jene Klausel in der älteren Doktrin wesentlich dasselbe bedeute, was Windscheid's Voraussetzungslehre in der neueren.

Auch v. Schey's gutgeschriebene (S. 413–498) Studie verdient nicht nur für das österreichische, sondern auch für das gemeine Recht Beachtung. Sie untersucht, vielfach auf Petrazycki's grundlegende und vom Verfasser zutreffend gewürdigte Arbeiten gestützt, die Fragen nach dem Recht auf die Früchte einer Sache, dem Impensenersatz und dem Begriff des redlichen und unredlichen Besitzes im österreichischen Recht. Die Anwendung der „civilpolitischen" Methode zur Erklärung der einschlägigen Sätze erweist sich als ersprießlich zur Erklärung manches bisher räthselhaften Satzes, S. 70—75, und die ganze Art, wie Verfasser das römische Recht zum wissenschaftlichen Verständniß des modernen nutzbar zu machen versteht, ist von dem Geiste des trefflichen Mannes durchweht, dem die Arbeit gewidmet ist.

Auch die noch übrigen Beiträge von v. Schrutka-Rechtenstamm über das ius novorum in der Berufungsinstanz, S. 355—412; von Sigmund Adler über das Gültbuch von Ober- und Niederösterreich und seine Funktion in der ständischen Verfassung, S. 499–540, und von Seidler über die Lehre vom Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des österreichischen Staats- und Verwaltungsrechts (S. 541—584) sind sämmtlich fördernde und gedankenreiche Arbeiten, über die mich näher zu verbreiten nur die ohnedies große Belastung der Rundschau im Wege steht.

Geringer an Umfang, aber gleichfalls von erheblichem Werth ist die von den Heidelberger Juristen ihrem Fakultätsmitgliede Bekker gewidmete Festschrift.[104]) Am ausführlichsten und interessantesten ist darin v. Lilienthal's Studie über die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht, S. 1–58. Verfasser bekämpft mit Fug die Auffassung von Stooß, wonach es beim ärzt-

[104]) Festschrift zur Feier des 50. Jahrestages der Doktorpromotion des Geh.R. Prof. Dr. E. J. Bekker, dargebracht von den Mitgliedern der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg. Berlin, Haering, 1899. 191 S. Preis M. 7.

Digitized by Google

lichen Eingriff am objektiven Thatbestande eines Delikts fehle, und sucht dem Problem von anderem Standpunkte aus beizukommen: „Aerztliche Heilhandlungen sind durch ihren Zweck vor Strafe geschützt, dürfen aber nicht gegen den Willen des Behandelten (oder dessen Vertreters) vorgenommen werden," S. 56. Dabei steht dem ausdrücklichen der nach Lage der Sache zu unterstellende Wille gleich.

Es folgen gediegene rechtshistorische Untersuchungen von Karlowa („Miscellanea", S. 59—78) und Schröder („Weichbild", S. 79—108), ferner eine Studie G. Meyer's über den Eigenthumserwerb bei der Enteignung (S. 109 bis 136) und eine übersichtliche und klärende Darstellung der Ehenichtigkeit und -anfechtbarkeit im B.G.B. von Buhl (S. 137—172), in der u. a. zu § 1325 gegen Planck und Standinger begründete Einwendungen erhoben werden. Den Abschluß bildet eine Untersuchung von Jellinek (S. 173—191) über den Einfluß des Religionsbekenntnisses auf das Thronfolgerecht in Oesterreich-Ungarn.

Der neue Band von Gruchot's Beiträgen[105]) reiht sich an Gestaltung und Bedeutung seinen Vorgängern an. Auch diesmal findet sich wieder die bekannte, wohl wesentlich den großen Erfolg der Zeitschrift erklärende Mischung von Abhandlungen, Kritiken und reichhaltigen Mittheilungen aus der Praxis. Hervorzuheben sind die verschiedenen von autoritativer Seite ausgehenden Beiträge zum B.G.B., theils in Form von Besprechungen — so von Küntzel über Strohal's Erbrecht und über die Handausgaben von Achilles und Fischer-Henle — theils in Mittheilungen über die Entstehungsgeschichte und Schicksale der Entwürfe, theils in selbständigen Abhandlungen legislativ-politischen — so die in zwölfter Stunde erschienene Erörterung von Eccius über den Entwurf des Zwangsvollstreckungsgesetzes — oder, meistens, dogmatischen Inhalts. Die Abhandlungen von Löbell über die Rechte der Straßenanlieger, von Schaefer über die privatrechtlichen Verhältnisse der Armenverbände zum Unterstützten und dritten Personen, von Milferstädt über die Entmündigung nach B.G.B. und das Verfahren dabei — mit sachkundigen rechtspolitischen Bemerkungen — und von Fuld über die Regelung der Konkurrenzklausel scheinen mir besonders erwähnenswerth. Ein näheres Eingehen auf den reichen Inhalt ist hier leider nicht möglich.

Auch die Kritische Vierteljahresschrift bewahrt im neuen Bande[106]) den alten Ruhm. Es sind darin, z. Th. sehr ausführlich, besprochen unter

---

[105]) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot. Herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius. Sechste Folge I, 41. Jahrgang. Berlin, Vahlen, 1897. XXVII und 906 S. und X und 290 S. Beilageheft. Preis M. 15.

[106]) Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Birkmeyer, Hellmann, Maurer, Seydel, Ullmann. Bd. 40. Freiburg, Mohr, 1898. IX und 630 S. Preis M. 14.

Digitized by Google

Rechtsphilosophie 1, unter Rechtsgeschichte 18, unter Civilrecht 39, unter Civilprozeß 4, Strafrecht 12, Strafprozeß 3, Staatsrecht 19, Kirchenrecht 3 und internationales Recht 2 Arbeiten. Hervorzuheben sind u. a. Hellmann's Gesammtartikel über die Litteratur des B.G.B., S. 166—206, sowie seine Besprechung von Leonhard's und Geib's Arbeiten über die Kompensation, S. 93—121, die Besprechungen Kleinfeller's über Schwartz' Vierhundert Jahre deutscher Civilprozeßgesetzgebung, S. 359—383 und G. Cohn's über Oper's Theaterrecht, S. 542—586. Daneben noch zahlreiche andere werthvolle und vielfach recht ausgiebige Rezensionen.

H. Meyer's warm empfundene, präzis formulirte Rede auf Wächter[107]) giebt zuerst den Lebensgang, dann die wissenschaftliche Thätigkeit des Gefeierten. Dieser wird als weniger historischer, denn rationalistischer Jurist gekennzeichnet, der in der Zeit eines einseitigen Historismus die wahre Aufgabe der Rechtswissenschaft hochhielt: das geltende Recht zwecks praktischer Anwendung zu ergründen, S. 6. — Bei der Aufzählung von Wächter's Schriften hätte die über die superficies noch erwähnt werden sollen.

Zu den Praktika des neuen Rechts ist nunmehr ein weiteres von Schück[108]) getreten, das durch Reichhaltigkeit des Materials — es enthält 430 theils selbsterdachte, theils der Praxis entnommene Fälle — und die vortreffliche Präzision der Darstellung, die unter Abschneidung alles Ueberflüssigen im Thatbestande nur gerade die für die Entscheidung wesentlichen Unterlagen giebt, wohl alle anderen Arbeiten dieser Art übertrifft. Ein endgültiges Urtheil über die Brauchbarkeit derartiger Praktika läßt sich nur auf Grundlage vorgängiger Erfahrung im akademischen Unterricht gewinnen; doch hat es allen Anschein, als ob Schück's Fälle fast ausnahmslos geschickt und gut ausgewählt und — was besonders wichtig ist — formulirt wären. Auch zum Selbststudium dürfte das Werkchen sehr empfehlenswerth sein.

Weiterhin sei noch ein Vortrag erwähnt, in dem Stranz[109]) sich in interessanter und sachkundiger Weise über die mit dem Zola-Prozeß im Zusammenhang stehenden Vorschriften des französischen Strafrechts verbreitet. Wer sich um die bekannte „Affaire" des heutigen Frankreichs und das mit ihr Zusammenhängende ernstlich kümmert, wird das Heftchen mit Vortheil studiren.

Eine sehr kleine Arbeit von H. Cohn[110]) verficht die These, daß der Werthbegriff lediglich subjektiv sei, daß es einen objektiven oder Tauschwert gar

[107]) Prof. H. Meyer, Karl Georg v. Wächter. Gedächtnißrede. Leipzig, Teichert, 1898. 43 S. Preis M. 0,75.

[108]) L.R. Dr. R. Schück, Civilrechtspraktikum. Berlin, Heine, 1899. 106 S. Preis M. 2 kart.

[109]) R.A. Dr. J. Stranz, Französisches Recht über Preßbeleidigungen im Anschluß an den Prozeß Zola. Vortr. d. Berl. Anw.-Ver. Berlin, Simenroth u. Troschel, 1898. 47 S. Preis M. 1.

[110]) Dr. Heinrich Cohn, Die subjektive Natur des Werthes. Berlin, Guttentag, 1899. 38 S.

Digitized by Google

nicht gebe. Darum ist der Werth dem Preise als seiner äußeren Erscheinungsform gleich, eine Differenz zwischen beiden nicht möglich, S. 22. Und doch beruht auf dem Gegensatz beider nach Roscher's kompetentem Urtheil das ganze Rechtsinstitut der laesio enormis! Die Gleichförmigkeit der Werthschätzungen bei vielen Gütern erklärt sich nach Cohn nur aus der Herdennatur des Menschen, S. 28. Ja, einen Wucher im Sinne von Ausbeutung der Nothlage giebt es bei dieser Auffassung nicht, S. 29 Anm. 1. Ich glaube, daß diese wenig verlockenden Konsequenzen der Cohn'schen Lehre genügen, um sie als unhaltbar zu erweisen.

Zum Schluß sei erwähnt, daß Lönholm[111]) seine höchst dankenswerthen Uebersetzungen des neuen japanischen Gesetzbuches fortgesetzt und vollendet hat. Ich darf wegen der Vorzüge und des Werthes dieser Arbeiten auf früher Vorgetragenes Bezug nehmen, s. XII, 296. Hinzugekommen ist nunmehr auch eine vollständige englische Ausgabe.

[111]) Bürgerliches Gesetzbuch von Japan, übersetzt von Prof. Dr. L. Lönholm. Dritter Band: Familien- und Erbrecht. Tokyo, Selbstverlag, 1898. 143 S. — The civil code of Japan translated by Prof. Dr. L. Lönholm. Bremen, Max Nößler. 321 S. Dazu: New Japanese laws. Supplementary to the Codes, translated by Dr. L. Lönholm. Daselbst, 133 und 24 S.

Digitized by Google

I. Verweisungen auf Reichsgesetze.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Paragraph	Seite
12	320 ff., 447 f.
18	151
21	317 f.
22	298, 316
22—53	307, 310, 316
23—25	300
26	284, 317
26 f.	318
26—31	300
31	141
32	303
32—40	300
32 ff.	301
33	303
40	318
41	307
42	318
42—53	300
43	286
45	306, 318
47	318
48—52	318
54	286
55	318
55 ff.	298
55—79	317
57	317
58	317, 318
59	318
61	286
64	318
65	317
66	318
71	318
74	318
76 f.	318
86	284
90	270
93	267
99	141 272
104	273, 390
116	354
119	360, 381, 394, 395
120	338, 341, 348, 389 f., 395 ff., 408, 412
121	160
122	389, 394 f., 398, 412
123	347, 354, 355, 356, 394
124	347, 354
126	328
130	344, 404 ff., 411
132	160
133	284
134	125, 131
135	102, 125, 131
136	131
141	407
142	125, 357
144	271
147	271, 414
148	414
149	406
151	391
158—163	101
159	101
161	101, 102
164	341, 358, 361, 363, 364, 374, 376 ff.
164—181	341
166	341, 346, 351
177	410
178	410
179	389, 399 f., 401
180	283
181	378 f., 383
196	108
197	108
209	257
221	279
222	113
223	109
226	321, 331
227	287, 367
255	446
269	128
273	164, 165, 166, 168, 169, 170, 173, 277, 287
274	178
276	285, 321
278	285, 396, 451
279	446
292	290
306	402
313	266
320	165, 170, 173
322	175
335	280
338	104
357	221
366	105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 162, 183, 225, 247, 238, 243, 255, 256, 257, 294
367	215, 225
387	182, 185, 186, 190, 224, 234, 235
388	156, 211
389	105, 162
390	105, 159, 165, 166, 167, 168, 172, 175, 176, 177, 188, 217, 218, 227, 228, 257, 293
392—395	158
396	104 ff., 153, 160, 162, 183, 184, 188, 203, 211, 213, 216,

Digitized by Google

Paragraph	Seite
	221, 222, 224, 225, 226, 228, 229, 231, 232, 233, 235, 236, 238, 240, 251, 253, 255, 257
415	455
420	359
421	286
427	360
432	280
446	266
459	353
481	353
487	353
495	102
498	102
499	102
503	102
510	102
535	280
544	260
549	260, 262
554	166, 221
556	165
558	109
559	258, 287
560	258, 287
569	262, 264
570	264
581	272
590	166
626	278
656	234, 429
665	389
683	275, 277
686	409
710	286
716	270
743	280
762	234
781—783	155
801	364
812	141
818	357
823	283, 287, 288, 289, 290, 321, 333, 458
826	321, 333, 355, 356, 401
827	126
828	126
830	283
831	396
833	177, 459
835	272

Paragraph	Seite
847	321
852	108
853	355
854	266, 267, 268, 270, 271, 288, 368
855	277, 278, 279, 283, 284, 287, 365, 368 ff., 380, 385
857	278, 287
858	267, 270, 271, 273, 274, 276, 282
859	278, 366, 367
860	278, 365
861	261, 267, 271, 276, 277, 279, 281, 282, 283, 284, 285, 288, 289
862	267, 276, 280, 283, 284, 288, 289
863	272, 286, 287
864	281
865	265, 267, 268, 271, 272, 280
866	265, 269, 280, 287
868	268, 365, 372, 381, 384, 385
869	268, 276, 280, 367
870	373
871	280
872	277, 291, 365, 430
873	102
874	381
883	101, 102
892	102, 132, 359
894	291
899	359
925	291
929	374
930	384
931	385
932	102, 129
937	129
943	270
956	267
985	276
987	290
1004	276
1006	289, 290
1007	291
1011	280
1027	291
1029	270, 274, 291
1030	273
1032	270
1036	270

Paragraph	Seite
1056	262
1066	270
1090	270
1097	102
1098	102
1105	270, 273
1107	270
1310	431
1352 ff.	447
1352—1354	289
1358	431
1363	147, 268
1365	147, 269
1367	269
1371	147
1373	147, 268, 286, 431
1381	359, 378
1401	147, 145
1409	145
1418	117, 145, 146
1426	269
1438	269
1440	269
1441	147
1443	147, 270
1450	145, 270
1457	145
1468	146
1549	145
1628	135
1629	135
1634	146
1638	135
1646	358, 378
1650	135
1651	135
1676	146
1677	146
1682	150
1683	150
1685	146
1773	147
1774	135
1776	154
1778	92, 134
1794	134
1795	134
1797	134
1802	134, 135
1803	136
1804	136
1810	134
1812	134
1816	134

Digitized by Google

Paragraph	Seite
1819	134
1820	136
1821	136, 140
1822	140
1826	134
1827	136
1828	140
1829	134
1831	140
1833	137, 430
1834	137
1835	137
1836	134, 137
1837	136
1839	137
1840	137
1843	137
1844	137
1884	151
1893	150
1897	124
1900	145
1906	149
1909	147
1910	149
1911	117, 124, 134, 135, 149
1915	124, 134, 137, 145
1919	149
1921	149, 151
1922	278
1952	443
1953	443
2031	152
2038	287
2371	266

Einführungsgesetz zum B. G. B.

Art.	Seite
2	261
30	263
32	117
35	117
77	141
89	287
160	151
163	263
170	261
171	258 ff.
177	263
191	291
210	152

Civilprozeßordnung.

Paragraph	Seite
51 (50)	134
139 (130)	290
145 (136)	171, 175, 212, 254, 255, 256
146 (137)	255
219 (196)	134
223 (201)	134
256 (231)	244, 320, 321
260 (232)	288
268 (240)	281
302 (274)	171, 175, 212, 254, 255, 256,
303 (275)	255
322 (293)	179, 212, 246, 252, 253
433 (398)	134
529 (491)	161
533 (495)	178
771 (690)	140, 141, 276, 379
804 (709)	140
808 (712)	276
809 (713)	275
883 (769)	275, 276, 290
890 (775)	288

Handelsgesetzbuch in alter Fassung.

Art.	Seite
27	320
47	412
50	412

Handelsgesetzbuch in neuer Fassung.

Paragraph	Seite
1	308
2	308
20	317
29	318
33	318
114	286
115	286
118	270
178	317
182 ff.	298, 317
195	318
198	318
199	318
211	317
221	158
231	284
231—239	318
240	318
241	318
243—249	318
247	318
250 f.	318
252 f.	318
256—261	318
262	318
263—265	318
268—273	318
274 f.	318
292	318
293	318
294	318
295	318
296—299	318
300 f.	318
302	318
312	318
314	318
315	318
414	158
423	158

Digitized by Google

Konkursordnung.

Paragraph	Seite
19 (17)	262
49 (41)	166

Reichsgrundbuchordnung.

Paragraph	Seite
2	289
19	291
36	291

Strafgesetzbuch.

Paragraph	Seite
80	118
81	118
83	118
84	118
87–92	118
93	117, 118, 119
140	117, 119, 137
257	137
336	137

Strafprozeßordnung.

Paragraph	Seite
36	118
196	148
318	123
325	124, 130, 148
326	119, 124, 125, 130, 137, 148
332	125
332–336	117, 118, 125
334	118, 119, 120, 124, 129, 132, 133, 135, 136, 141, 143, 145, 147, 150
335	148, 150
336	148
347	118
349	118
480	117, 125

Rechtsanwaltsordnung.

Paragraph	Seite
32	277

Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit.

Paragraph	Seite
20	119, 120
35–37	118
39	118
46	118
47	118, 124
57	119, 120
200	124

Zwangsvollstreckungsgesetz.

Paragraph	Seite
57	262, 264
90	266
93	266
94	266
152	277, 285
154	285

Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Paragraph	Seite
13	308

Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen.

Paragraph	Seite
13	330
14	320

Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs.

Paragraph	Seite
8	320, 328

Digitized by Google

II. Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Abzahlungsgeschäfte 455 f.
Abwesenheitskurator 115, 135.
Accessio temporis 30.
Acht 116.
Actio emti 70; — ex vendito 18, 19, 30; — fiduciae 61, 64; — pigneraticia 57, 59; — Publiciana 9, 13, 17, 67; — redhibitoria 30, 70, 71; — venditi 29, 30, 31, 46, 59, 74.
Annotationensystem 116.
Aufrechenbarkeit im B. G. B. 234.
Aufrechnung einer Mehrheit von Forderungen 104 ff.; — rückwirkende Kraft der Aufrechnungserklärung 105; — Begriff der größeren Sicherheit 108 ff.; — verjährte Schuld 108 ff.
Aufrechnungserklärung, Widerspruch 153 ff., 222 ff.; — keine compensatio 154; — Vorrang konnexer Gegenforderungen vor nicht konnexen 165, 170 ff.; — Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht 169; — Aufrechnung durch Parteierklärung 154 ff., 198, 209, 222; — entgegenstehender Aufrechnungsvertrag 180 ff.; — Zahlungseinrede 189; — Verteilung der Beweislast 177, 203, 241; — mehrfacher Gläubiger 194, 209, 213; — mehrfacher Schuldner 174, 193 ff.; — Wahl des Aufrechnenden 214; — freies Aufrechnungsrecht 228; — Nichterklärung des Widerspruchs 229; — Widerspruch im Prozeß 233 ff.
Aeußerungstheorie 355.
Austrittsrecht aus einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit 304, 306.

Bauforderungen 461.
Besitzdiener 365 ff.
Besitzerwerb, Stellvertretung 361 ff.
Besitz, juristischer 364 f.; — mittelbarer 371 ff.
Besitzklagen 265 ff.; — animus turbandi 274; — verbotene Eigenmacht 274; — Passivlegitimation 281; — des Mitthäters 282; — des Nachbesitzers 282; — des Zwangsverwalters 285; — des Gesellschafters 286; — Recht zum Besitz 286; — ruhiger Besitz 266; — Schutz von Mitbesitzern 280; — Besitz im B. G. B. nur an körperlichen Gegenständen 270.
Besitzwille 459 f.
Bote 337 ff.; — Aeußeres Auftreten der Mittelsperson 348 ff.; — Form der Ausrichtung der Botschaft 386 ff.; Begriff 338 ff.; — Nichtigkeit des Auftrages 398 ff.; — Bedeutung der Uebergabe der Botschaft an den Boten 405 ff.; — Natur des durch Boten vermittelten Vertrages 409 ff.;
Bürgerliches Recht 428 ff.; — Kommentare 428 ff.; — Lehrbücher 434; — Allgemeiner Theil 446 ff.; — Recht der Schuldverhältnisse 450 ff.; — Sachenrecht 459 ff.; — Familienrecht 462 f.; — Erbrecht 463 ff.

Cautio de restituendo 100.
Civilistische Rundschau 415 ff.
Civilprozeß 466 ff.
Compensatio compensationis 153 ff., 233; — non datur 162 ff., 226.
Condictio causa data causa non secuta 61, 62.
Conditio melior 47—51, 54, 56, 57.
Constitutum possessorium 63, 369, 378, 383 f.
Culpa in contrahendo 451 f.

Deckname 322 ff., 333 ff.

Digitized by Google

Deliktsobligationen 458.
Detention 363 f.
Dienstvertrag 456 f.
Dividende bei Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit 305, 312.
Droit de retour 78 ff.

Ehescheidungsgründe 462.
Eigenthumserwerb, Stellvertretung 361 ff., 374 ff.
Elektivprinzip 354.
ἐπιμελητα 121.
Erklärungstheorie 349 ff., 357, 362 f.
Errungenschaftsgemeinschaft 462 f.
Eventualaufrechnung 453 ff.
Exceptio rei venditae et traditae 12, 13, 19, 60; — vitiosae possessionis 267, 278, 279, 282, 285.

Fiduciae pactum 11, 12, 64, 65.

Gefahr des Käufers 428.
Gerichtsbarkeit, freiwillige 469
Gesammtwille 418.
Gewohnheitsrecht 447.
Grundbuchordnung 461.
Grunddienstbarkeiten, Besitzschutz 290.
Güterpflege bei Vermögensbeschlagnahme 114 ff.; — Beschluß 118; — Stellung der Staatsanwaltschaft 119; — Umfang der Pflege 124; — Verfügungsfähigkeit des Angeschuldigten 126; — Besitzergreifung durch den Pfleger 129; — Eintragung ins Grundbuch 129; — Veräußerungsverbot 131; — Beschlagnahme während eines Prozesses 133; — Obliegenheiten des Gerichts 135; — Haftung des Gerichts und des Pflegers 137; — Rechte Dritter 138; — des Gesellschafters 140; — der Ehefrau 142; — der Kinder 146; — Auseinandersetzung 147; — Beschlagnahme gegen die Ehefrau 147; — Aufhebung der Beschlagnahme und Pflege 148; — Aufhebung der Pflege ohne Aufhebung der Beschlagnahme 151.

Haftung des Erben 464; — Haftung für Hülfspersonen 451.
Hypothekenrecht 460.

Immobiliarsachenrecht 460.
In jure cessio 8, 10, 11, 61, 62, 67.
Innehabung 363 ff.
Institutionen 420 f.
Interesse 362 f.; — negatives 397.
Internationales Privatrecht 418 f.
Irrthum des Auftraggebers 394 ff.; — Irrthum im römischen Recht 426.

Konzessionssystem bei Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit 298 ff., 314, 317.
Körperschaften 448.
Korrealobligationen 426 f.
Kumulationsprinzip 354.
Kündigung 457.

Legis actio sacramento 421 f.
Locus regit actum 420.

Mancipatio 7, 8, 10, 11, 35, 61, 62, 67.
Manumissio 37, 38, 41, 42, 44.
Manus injectio 38, 39, 40, 42, 43, 44.
Mentalreservation 354 f.
Miethsrecht 456.
Miethe- und Pachtverhältniß bei Inkrafttreten des B.G.B. 258 ff.; — vertragliche Festsetzungen 262 ff.
Missio in possessionem 115.

Nachlaßkonkurs 464 f.
Nachschußpflicht bei Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit 304, 311.
Namensrecht 320 ff.; — Erwerb des Rechts 327 ff.; — unbefugter Gebrauch 328 ff.; — Verletzung des Interesses des Berechtigten 331 ff.; — Namensrecht einer juristischen Person 335 f.
Normativbestimmungen bei Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit 298 ff., 314, 317.

Oeffentliches Recht 470 ff.

Pactum de retroemendo 95, 96.
Personalstatut 419 f.
Plus est in re quam in existimatione 376.
Prämienreserve bei Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit 304, 311.
Pseudonym 322 ff., 447 f.

Quittung 457.

Digitized by Google

Reception des römischen Rechts 422.
Rechtsgeschäft 417.
Rechtshandlungen 417.
Rechtskraft 450.
Rechtsphilosophie 415.
Rechtssitte 417.
Recht, subjektives, Begriff 325 f., 335.
Rechtswissenschaft, vergleichende 418.
Replica compensationis 154, 157 ff., 172 ff., 181.
Res mancipi 9, 13, 15, 17, 20, 60, 61.
Res nec mancipi 10, 13, 15, 17, 20, 60, 61.
Resolutivbedingung 1 ff.; — Unterschied von Suspensivbedingung 2 f.; — Wesen 3 ff.; — Anwendungsfälle der echten Resolutivbedingung im römischen Recht als Verwirkungsklausel: beim Kaufvertrag 21 ff.; — eigentliche lex commissoria 21 ff.; — bei Sklavenverkäufen 35 ff.; — als in diem addictio 44 ff.; — beim Pfandverkauf 58 ff.; — bei mortis causa donatio 60 ff.; — der unechten beim pactum displicentiae 68 ff.; — beim pactum de retrovendendo 73 ff.; — bei der Stipulation 75 ff.; — im deutschen Recht: bei Schenkung 77 ff.; — bei Eigentumsübertragung zum Zweck der Pfandbestellung 84 ff.; — als Retrakt 90 ff.; — im gemeinen Recht 92 ff.; — im A.L.R. 97 f.; im code civil 98 f.; im sächsischen B.G.B. 99 f.; — in der Konkursordnung 99; — im B.G.B. für das Deutsche Reich 101 f.
Rückkauf 89, 90.

Salmann 81 f.
Schadensersatz 150 ff.
Schuldübernahme 455.
Selbsthandelnstheorie 340, 350.
Selbsthülfe 450.
Sozialpolitik 415 f.
Statutenwechsel 420.
Stellvertretung 337 ff.; — indirekte 360, 377.
Suspensivbedingung 2 f., 76, 101.

Testamente 464.
Thierschäden 549.
Tradition 374 ff.

Uebergabe 374 ff.
Urheberrecht 472 ff.
Usukapion 25.
Usureceptio 11.

Vereinsrecht 448.
Vergleich im Prozeß 468 f.
Verkehrspflichten im Stellvertretungsverhältniß 402.
Verschwender 425.
Versehen des Boten 395 ff.; — des Stellvertreters 394 ff.
Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit im künftigen Versicherungsgesetz 293 ff.; — Gesellschaften oder Vereine 296 ff., 316; — juristische Persönlichkeit 316, 332; — System der Normativbestimmungen oder Konzessionssystem 298 ff., 314, 317; — Rechtsverhältnisse nach innen 300 ff.; — Aenderung der Satzungen 302, 304 f., 310 f.; — Rechte der Mitglieder auf gleiche Behandlung 303; — Versicherungsanspruch 303 f., 311; — Beendigung des Verhältnisses seitens der Gesellschaft 305 ff.; — seitens der Mitglieder 304 ff., 312; — Verwendung des Ueberschusses 305 ff., 312; — Kaufmannseigenschaft der Gesellschaft 308 ff., 314.
Vertragsschluß 449.
Vertrauenstheorie 353.
Verwirkungsklausel 21 ff.
Verzug des Gläubigers 453.
Vis compulsiva 398.
Vocabularius juris 422 f.
Vorbehaltszahlung 453 ff.
Vorkaufsrecht 90, 91, 98, 102.
Vormundschaftsrecht 463.
Vorsatz des Auftraggebers 394; — des Stellvertreters 395 ff.

Wasserrecht, römisches 421.
Werkvertrag 456 f.
Werthpapiere 457 f.
Wiederkauf 84 ff., 95, 96, 98, 99, 102.
Willenserklärung 448.
Willenstheorie 350 ff., 357, 362.
Wirkungsstatut 419 f.

Zehntrecht 465.
Zurückbehaltungsrecht 169 ff., 179, 287; — Einrede des Zurückbehaltungsrechts 165 ff.
Zwangsversteigerung 461 f.

Digitized by Google

III. Verzeichniß der besprochenen Litteratur.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Achilles, André, Greiff, Ritgen, Unzner, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz 433.

Altsmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs 439.

Becher, Die gesammten Materialien zu den das B.G.B. und seine Nebengesetze betreffenden bayerischen Gesetzen und Verordnungen 405.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs 437.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre 416.

—, Gesammtwille und Gesammthandlung 418.

Biermann, Frommhold, Gareis, Hubrich, Riedner, Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 429.

Binder, Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht 426.

Birkmeyer, Hellmann, Maurer, Seydel, Ullmann, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft XL 474.

v. Blume, Beiträge zur Auslegung des B.G.B. 455.

H. Cohn, Die subjektive Natur des Werthes 475.

L. Cohn, Kritik des Entwurfs des Reichsgesetzes, betr. die Sicherung der Bauforderungen u. s. w. 461.

Collan, Beiträge zum B.G.B. 457.

Cordes, Begriff und Arten der Werthpapiere mit besonderer Berücksichtigung des B.G.B. 457.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 434.

Crome, Partikuläres Gewohnheitsrecht 447.

Danz, Laienverstand und Rechtsprechung 449.

Daubenspeck, Reierat, Votum und Urtheil 469.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens 436.

Dittrich, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 469.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches 443.

Eichhoff, Ueber die compensatio lucri cum damno 450.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches 435.

Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts 441.

Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht. Eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs 444.

Festschrift zum siebzigsten Geburtstage von Unger 472.

Festschrift zur Feier des 50. Jahrestages der Doktorpromotion von Bekker 473.

O. Fischer, Heule, Ebert, Schneider, Bürgerliches Gesetzbuch 433.

O. Fischer, Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft 450.

G. Fischer, Die Kirchen- und Pfarrbaulast der Stadt Berlin sowie der Märkischen Städte 471.

Fitting, Der Reichscivilprozeß 466.

Frank, Der Besitzwille nach dem B.G.B. 459.

Fränkel, Das Familienrecht des

Digitized by Google

B. G.B. unter Anschluß des Vormundschaftsrechtes 462.
Freundlich, Das Verfahren nach dem Reichsgesetz betr. die Gewerbegerichte 469.
Friedemann, Die Selbsthülfe in rechtshistorisch-dogmatischer Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des römischen Rechts 450.
Fuchs, Das deutsche Vormundschaftsrecht unter Gegenüberstellung des preußischen Vormundschaftsrechtes 463.
Fuld, Das Miethrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, systematisch dargestellt 456.
Gerhard, Die Ehescheidungsgründe des B. G.B. und ihre rückwirkende Kraft 462.
Goldmann und Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Systematisch dargestellt nach der Legalordnung des allgemeinen Landrechts 442.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts XLI 474.
Günther, Die Zurechnung im Strafrecht 471.
Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im B. G.B. 456.
Haidlen, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 469.
Heilbronner, Der Begriff „Unterdrückung wahrer Thatsachen" beim Betrug 471.
Heiliron, Deutsche Rechtsgeschichte, Staatsrecht, Kirchenrecht 423.
Helmrich, Paragraphenschlüssel zu dem B. G.B. und den Entwürfen 434.
Hencke, Begriff und Rechtsstellung des Verschwenders nach römischem und deutschem Recht 425.
v. Hollander, Zur Lehre vom error nach römischem Recht 426.
Jiay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem B. G.B. 448.
—, Die Verantwortlichkeit des Eigenthümers für seine Thiere 459.
Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht 464.
Jastrow, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 467.
Jebens, Die Stadtverordneten. Ein Führer durch das bestehende Recht 471.
Kohler, Beiträge zur Geschichte des römischen Rechts in Deutschland 422.
Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs 440.
—, Das Gewohnheitsrecht und das B. G.B. 447.
Kuhlenbeck, Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz 431.
—, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung zum Studium des bürgerlichen Rechts 441.
Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgeschäfts nach geltendem Recht und nach dem B. G.B. 455.
Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung nach heute geltendem und künftigem Reichsrecht 454.
Liepmann, Die Rechtsphilosophie des Jean Jacques Rousseau 415.
v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des B. G.B. 458.
Lobe, Ueber den Einfluß des B. G.B. auf das Strafrecht 471.
Löuholm, Bürgerliches Gesetzbuch von Japan 476.
Löwenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente im B. G.B. mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme 464.
Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 425.
Manes, Das Recht des Pseudonyms unter besonderer Beachtung des B. G.B. und ausländischen Rechts 447.
Meili, Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft 418.
—, Ueber das historische Debüt der Doktrin des internationalen Privat- und Strafrechts 420.
Melliger, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen und schweizerischen Obligationenrecht sowie dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch 451.
Meurer, Das Zehnt- und Bodenzinsrecht in Bayern 465.
Meyer, Gedächtnißrede auf Karl Georg v. Wächter 475.

Digitized by Google

Mittelstein, Das Hypothekenrecht des B. G.B. 460.
Mühlbrecht, Bibliographie des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 433.
Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris im gemeinen Recht und im B. G.B. 453.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz 432.
Neumond, Der Automat. Ein Beitrag zur Lehre über die Vertragsofferte 449.
Nußbaum, Haftung für Hülfspersonen nach § 278 B. G.B. in Vergleichung mit dem gemeinen und Landrecht 451.
Offig, Römisches Wasserrecht 421.
Paul, Der Vergleich im Prozeß. Ein Beitrag zu der Lehre von den Urtheilsfurrogaten 468.
Pernice, Parerga VIII, IX 421.
Pflaum, Ueber Gesetzeskonkurrenz auf dem Gebiete des Strafrechts 471.
Pflüger, Die legis actio sacramento 421.
v. d. Pfordten, Das neue deutsche Civilrecht in Einzeldarstellungen 446.
Planck, Achilles, André, Greiff, Ritgen und Unzner, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 428.
Puschmann, Das deutsche Vereins- und Gesellschaftswesen 448.
Rausnitz, Der Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 469.
Regelsberger, Die Schuldübernahme und die §§ 414—416 B. G.B. 455.
Rehm, Unitarismus und Föderalismus in der deutschen Reichsverfassung 470.
Reinhard, Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 461.
Rümelin, Culpahaftung und Kausalhaftung 452.
Salkowski, Institutionen. Grundzüge des Systems und der Geschichte des römischen Privatrechts 420.
Schefold, Die Errungenschaftsgemeinschaft des B. G.B. 462.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts 467.
— Die Aenderungen des Civilprozeßrechts nach den Novellen des Jahres 1898 467.
R. Schück, Civilrechtspraktikum 475.
O. Schück, Die Auflösung der Körperschaft nach dem B. G.B. 448.
Schultzenstein und Köhne, Das deutsche Vormundschaftsrecht und das preußische Gesetz betr. die Unterbringung verwahrloster Kinder vom 13. März 1878 463.
Schwarz, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850 nebst Ergänzungsgesetzen und einer Einleitung 470.
Schwarze, Die deutsche Grundbuchordnung 461.
Schweitzer, Alte und neue Civilprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz 466.
—, Alte und neue Konkursordnung 466.
—, Gerichtsverfassungsgesetz, Civilprozeßordnung, Konkursordnung 466.
Seckel, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter 422.
Seitz, Konstruktion oder Selbstentwicklung und Verfahren der Darstellung des jeweilig positiv lebenden praktischen Rechts 446.
Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Ein Handbuch zur Einführung der Gerichtsbeamten in das B. G.B. und seine Nebengesetze 438.
v. Standinger, Löwenfeld, Mayring, Kober, Engelmann, Herzfelder und Wagner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz 430.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts 423.
Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis. Zweiter Theil 453.
—, Rechtslehre und Rechtsprechung 454.
Strauz, Französisches Recht über Preßbeleidigungen im Anschluß an den Prozeß Zola 475.
Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des B. G.B. über die Rechte an Grundstücken 460.
Sydow und Busch, Civilprozeß-

Digitized by Google

ordnung mit Einführungsgesetzen, Nebengesetzen und Ergänzungen 466.
W. Thiele, Das Wesen des Gemeingebrauches an den res privatae, unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zu den Servituten, nach gemeinem Recht 425.
Thiele, Ueber die Kündigung, insbesondere bei Darlehen 457.
v. Tuhr, Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen 452.
Voß, Ueber den Satz „periculum est emtoris" 428.
Walter, Sozialpolitik und Moral 415.
Wellstein, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 469.
Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker 445.
Wilke, Die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten nach dem B.G.B. 465.
Willenbücher, Die Reichsgrundbuchordnung vom 29. März 1897 461.
Wolf, Der Prozeßvergleich 468.
Zelle, Tourbié und Korn, Handbuch des geltenden öffentlichen und Privatrechts für das Gebiet des preußischen Landrechts 470.
Zitelmann, Internationales Privatrecht 418.

Digitized by Google

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Digitized by Google

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Landgerichtsrath in Berlin.

Dr. P. Oertmann,
Professor an der Universität Berlin.

Band 15. Heft 1.
Dezember 1898.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1898.

Digitized by Google

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.

Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

In meinem Verlage beginnt zu erscheinen:

Kommentar

zum

Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen.

I. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Allgemeiner Theil von Geh. Justizrath Prof. Dr. C. Gareis, Königsberg.
Recht der Schuldverhältnisse v. Prof. Dr. P. Oertmann. I. M. 3,60. (Liegt vor.
Sachenrecht von Prof. Dr. J. Biermann in Gießen. M. 7 (Liegt vor.)
Familienrecht von Dr. E. Hubrich, Privatdozent in Königsberg.
Erbrecht von Dr. G. Frommhold, ord. Prof. der Rechte in Greifswald.
Einführungsgesetz von A. Niedner, Landrichter in Meiningen.
Ausführungsgesetze für Preußen von Dr. Crusen, Gerichtsassessor in Berlin.

II. Kommentar zu den Nebengesetzen.

Handelsgesetzbuch von Dr. K. Lehmann, ord. Professor der Rechte in Rostock, und B. Ring, Landgerichtsrath in Berlin.

☞ Die Bearbeitung des Aktienrechts erscheint als dritte Auflage des bekannten Ringschen Kommentars.

Civilprozeßordnung von A. Förster, Geh. Ober-Regierungsrath in Berlin, und A. Engelmann, Oberlandesgerichtsrath in Breslau.

☞ Gelangt in den Handel als zweite Auflage der im Gebiete des Preußischen Landrechts allgemein eingeführten Förster'schen Ausgabe.

Konkursordnung von Dr. von Sarwey und Dr. G. Bossert, Landgerichtsrath in Stuttgart.

☞ Bildet die vierte Auflage des Sarwey-Bossert'schen Kommentars.

Grundbuchordnung von C. Predari, Kammergerichtsrath in Berlin.
Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit von R. Schultze-Görlitz, Kammergerichtsrath in Berlin.
Zwangsversteigerungsgesetz v. Oberlandesger.-R. Dr. Th. Wolff. M. 8. (Liegt vor.)

* Alle Theile sind einzeln käuflich, in sich paginirt und mit einem besonderen Sachregister versehen. *

* Ueber jedes einzelne Werk erfolgen seiner Zeit ausführliche Mittheilungen. *

Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart

Soeben erschien:

Meurer, Prof. Dr. Chr., Das Zehnt- und Bodenzinsrecht in Bayern. gr. 8. 1898. Preis 4 M.

Dr. Hermann
Staub's
Kommentar zum
neuen Handelsgesetzbuch
erscheint in
J. J. Heines Verlag, Berlin W. 57

Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart.

Soeben erschien:

Beiträge z. Geschichte des römischen Rechts in Deutschland. In Verbindung mit anderen Gelehrten bearbeitet von Professor Dr. Kohler.
II. Heft: J. Kohler und E. Liesegang, Das römische Recht am Niederrhein. Neue Folge. 8. 1898. geh. 5 M.

☞ Hierzu eine Beilage der N. G. Elwert'schen Verlagsbuchhandlung in Marburg.

Das **Archiv für bürgerliches Recht** herausgegeben von Professor **Kohler**, Landgerichtsrath **Ring** und Professor **Dr. Oertmann**, erscheint in Bänden von 2 bis 3 Heften. Preis des Bandes M. 8, bei postfreier Zusendung M. 8,30.

Inhalt.

	Seite
1. Die Resolutivbedingung. Von Dr. Arthur Kohler in Berlin	1
2. Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen nach B.G.B. § 396. Ein Beitrag zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Professor Wilhelm von Seeler in Kiew	104
3. Die Güterpflege auf Grund der Vermögensbeschlagnahme nach dem geltenden und dem künftigen Reichsrechte. Von Landgerichtsrath Dr. W. Silberschmidt in Aschaffenburg	114
4. Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung (Anrechnungsbestimmung) im preuß. Allg. Landrecht und Bürgerlichen Gesetzbuch und die compensatio compensationis. Von Dr. James Goldschmidt in Berlin	153
5. Der Artikel 171 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Von Amtsrichter und Professor Dr. Schumacher in Köln	258
6. Erläuterungen zu den Besitzklagen des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus dem Preußischen Recht und der Preußischen Rechtsprechung. Von Dr. Eugen Josef, Notar a. D. in Freiburg im Breisgau	265
Berichtigung	292

Gedruckt bei Julius Sittenfeld Berlin W.

JUN 20 1899

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Landgerichtsrath in Berlin.

Dr. P. Oertmann,
Professor an der Universität Berlin.

Band 15. Heft 2 (Schluß).
Juni 1899.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1899.

Digitized by Google

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Dr. F. Endemann,
ord. Professor der Rechte in Halle.

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Fünfte Auflage.

Erster Band.
Einleitung, Allgemeiner Theil, Recht der Schuldverhältnisse.

Preis M. 12,50, in Halbleder gebunden M. 15.

Von dem zweiten Bande liegt die erste Abtheilung, das Sachenrecht, Preis M. 7, vor.

Dr. Hermann
Staub's
Kommentar zum
neuen
Handelsgesetzbuch
erscheint in
J. J. Heines Verlag, Berlin W. 57

Verlag von Gustav Fischer in Jena.

Soeben erschienen:

Lehrbuch
des
Deutschen bürgerlichen Rechts
auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich
von
Konrad Cosack,
Professor der Rechte in Bonn.

Zweiter Band, erste Abteilung:

Das Sachenrecht.

Zur ersten und zweiten Auflage des ersten Bandes gehörig.

Preis: 6 Mark.

Die Abt. 2 dieses Bandes, enthaltend die Rechte an Rechten, das Recht der Wertpapiere, das Gesellschafts- und das Familienrecht, wird im September, und die Abt. 3, enthaltend das Erbrecht und ein das ganze Werk umfassendes alphabetisches Inhaltsverzeichnis im November d. J. erscheinen.

Die Einwirkung
des
Bürgerlichen Gesetzbuchs
auf
zuvor entstandene Rechtsverhältnisse.

Eine Darstellung der Fragen der Uebergangszeit
von
Dr. Hermann Habicht,
Landrichter in Kassel.

Preis: 12 Mark.

☞ Den dieser Nummer beiliegenden Prospekt der Verlagsbuchhandlung Otto Liebmann in Berlin W. 35. betr.: „Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerl. Gesetzbuches und des Preuß. Allgemeinen Landrechts und einen solchen von J. U. Kern's Verlag (Max Müller) in Breslau betr.: Bendix, Privatrecht, empfehlen wir besonderer Beachtung.

Digitized by Google

Das **Archiv für bürgerliches Recht** herausgegeben von Professor **Kohler**, Landgerichtsrath **Ring** und Professor **Dr. Oertmann**, erscheint in Bänden von 2 bis 3 Heften. Preis des Bandes M. 8, bei postfreier Zusendung M. 8,30.

Inhalt.

Seite

7. Welche Stellung ist in dem zu erwartenden Versicherungsgesetze den Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit zu gewähren? Von Professor Dr. Weyl in Kiel 293

8. Einiges über das Namensrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Von Gerichtsassessor Götte in Nordhausen 320

9. Der Bote (nuntius). Eine Studie im Bürgerlichen Gesetzbuche. Von Dr. jur. Ernst Fleck in Hannover 337

10. Civilistische Rundschau. Von Paul Oertmann 415

Verweisungen auf Reichsgesetze 477
Alphabetisches Sachregister 481
Verzeichniß der besprochenen Litteratur 484

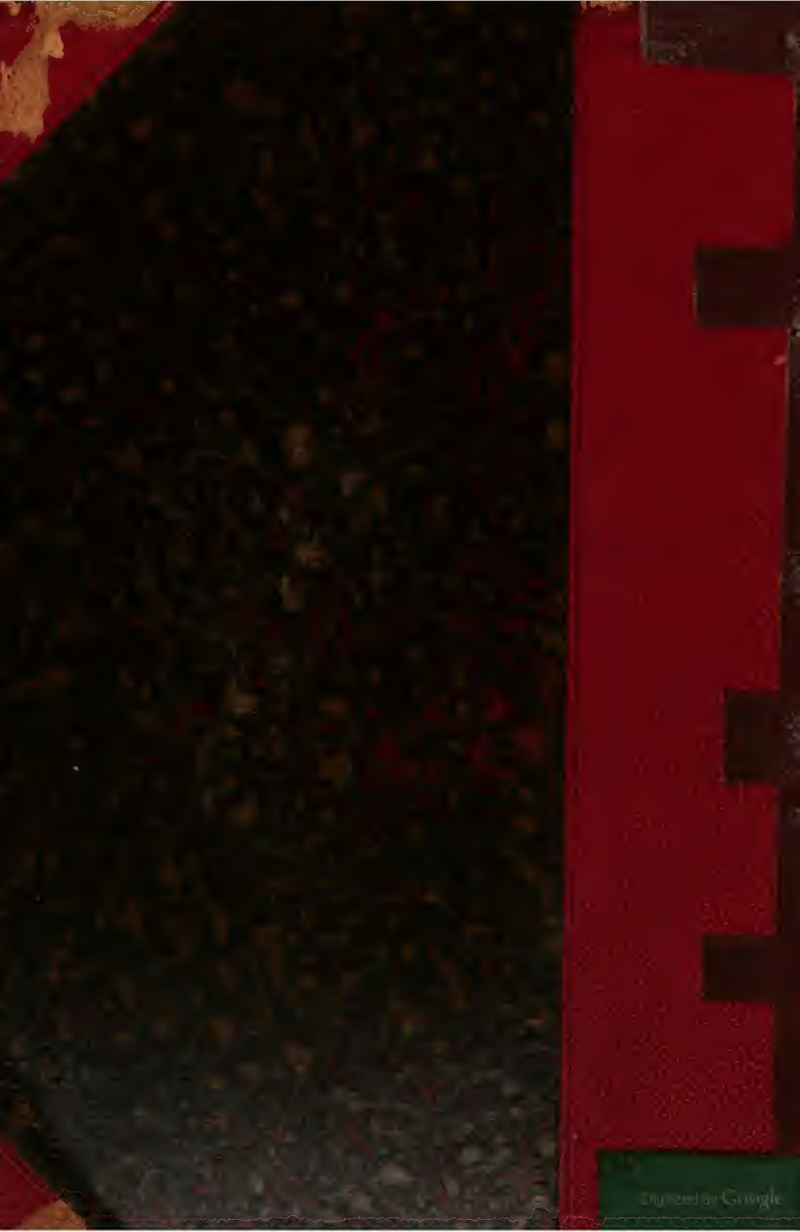
Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google